

DEF.-

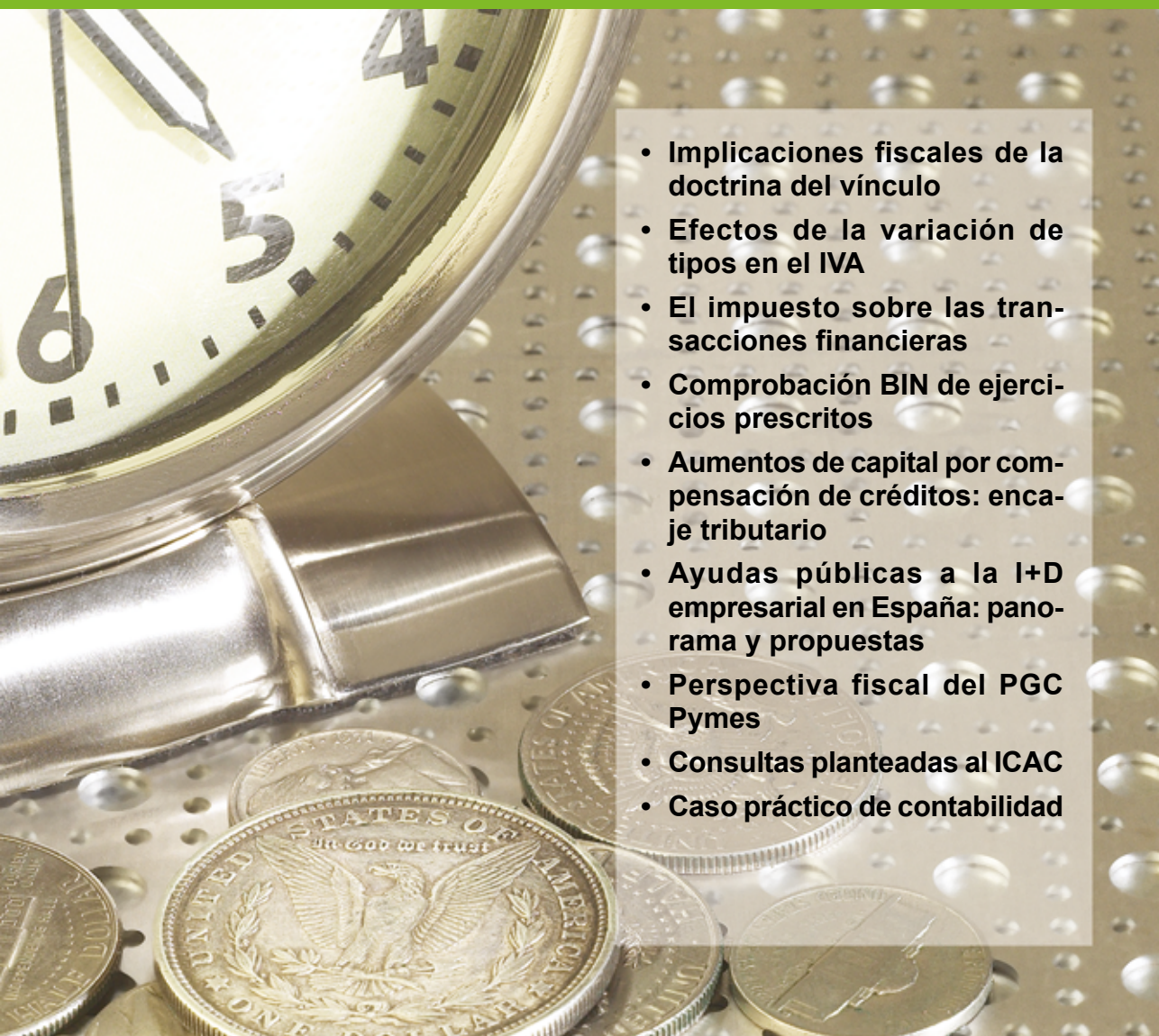
Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núms. 353-354

Agosto-Septiembre 2012



- Implicaciones fiscales de la doctrina del vínculo
- Efectos de la variación de tipos en el IVA
- El impuesto sobre las transacciones financieras
- Comprobación BIN de ejercicios prescritos
- Aumentos de capital por compensación de créditos: encaje tributario
- Ayudas públicas a la I+D empresarial en España: panorama y propuestas
- Perspectiva fiscal del PGC Pymes
- Consultas planteadas al ICAC
- 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

AGOSTO-SEPTIEMBRE 2012 – NÚMEROS 353-354

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

María José Aguiló García

Socia Responsable de KPMG Abogados

Sotero Amador Fernández

Profesor de Contabilidad del CEF

Alejandro Blázquez Lidoy

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

Luis Bravo Casado

Socio de Cuatrecasas Abogados

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña

Rafael Cámara Rodríguez-Valenzuela

Presidente del Consejo General de Censores Jurados de Cuentas. Socio Deloitte

Inocencio Carazo González

Socio Director de INSESA & Abogados

Antonio Cayón Gallardo

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

Vicente Condor López

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Zaragoza

Lorenzo de las Heras Miguel

Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

María Antonia García Benau

Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia

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

Ana María Martínez Pina

Presidenta del ICAC

Carlos Puig de Travé

Presidente del REA. Socio de Horwath PLM Auditores, SLP

Violeta Ruiz Almendral

Letrada Tribunal Constitucional

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

Beatriz Viana Miguel

Directora General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

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

68/2012	Los consejeros ejecutivos en el Derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo.	5
1.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012		
<i>(Gloria Marín Benítez)</i>		
69/2012	Modificación de tipos impositivos en el IVA y sus efectos sobre las operaciones sujetas.	41
<i>(Antonio Longás Lafuente)</i>		
70/2012	La pretendida implantación de un impuesto sobre las transacciones financieras.	71
<i>(Juan Calvo Vérguez)</i>		
71/2012	La comprobación de las bases imponibles negativas de ejercicios prescritos. ...	105
<i>(Miguel Wert Ortega)</i>		
72/2012	Posibilidad de tutela por parte del régimen fiscal de la reestructuración empresarial de los aumentos de capital por compensación de créditos. Posible operatividad de una interpretación teleológica.	137
<i>(José Daniel Sánchez Manzano)</i>		

CONTABILIDAD

73/2012	Ayudas públicas a la I+D empresarial en España: un panorama y algunas propuestas para el debate.	153
1.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012		
<i>(José Ángel Zúñiga-Vicente y Francisco Javier Forcadell Martínez)</i>		
74/2012	El Plan General de Contabilidad para Pymes desde una perspectiva fiscal.	189
<i>(Luis M. Salas García-Neble)</i>		
75/2012	Consultas planteadas al ICAC.	215
<i>(Javier Romano Aparicio)</i>		
76/2012	Concurso-oposición para promover diez plazas en el nivel nueve del grupo directivo, para desempeñar cometidos de Inspector de Entidades de Crédito (sección ejercicio práctico).	231
<i>(Juan del Busto Méndez y Francisco Javier Dorado Herrero)</i>		

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	253
---	-----

ESTUDIOS FINANCIEROS, respetando la libertad intelectual, no altera los criterios emitidos por los autores de los trabajos firmados, sin que tampoco se solidarice necesariamente con ellos.

SUMMARY

	<u>Page</u>
TAXATION	
68/2012 The executive directors in the tax law: tax effects of the doctrine in related transactions.	5
1.st PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2012	
<i>(Gloria Marín Benítez)</i>	
69/2012 Modification of the tax rates in the Valued Added Tax.	41
<i>(Antonio Longás Lafuente)</i>	
70/2012 The implementation of an alleged financial transactions tax.	71
<i>(Juan Calvo Vérguez)</i>	
71/2012 Tax losses audits of prescribed exercises.	105
<i>(Miguel Wert Ortega)</i>	
72/2012 The possibility of custody of the capital increases made by credit compensation by the tax corporate restructuring regime. The possible operability of a theological interpretation.	137
<i>(José Daniel Sánchez Manzano)</i>	
ACCOUNTING	
73/2012 Public subsidies on firm R&D in Spain: an overview and some proposals for discussion.	153
1.st PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2012	
<i>(José Ángel Zúñiga-Vicente y Francisco Javier Forcadell Martínez)</i>	
74/2012 Spanish general Accounting Plan for SMEs from a tax perspective.	189
<i>(Luis M. Salas García-Neble)</i>	
75/2012 Questions formulated to ICAC.	215
<i>(Javier Romano Aparicio)</i>	
76/2012 Competitive exam to provide ten positions in the ninth level of the directive group, to perform duties of bank examiners in financial institutions (practical case).	231
<i>(Juan del Busto Méndez y Francisco Javier Dorado Herrero)</i>	
BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	253

LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS EN EL DERECHO TRIBUTARIO: EFECTOS FISCALES DE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

*Abogada. Uría Menéndez
Profesora Colaboradora Asociada de Derecho Tributario.
Universidad Pontificia Comillas. ICADE*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Beatriz VIANA MIGUEL, doña María José AGUILÓ GARCÍA, don Luis BRAVO CASADO, don Antonio CAYÓN GALLARDO, doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

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

Extracto:

LA doctrina jurisprudencial del vínculo niega la posibilidad de compatibilizar una relación laboral cuyo objeto consista en la gestión y la representación de la sociedad –típicamente en la forma relación laboral especial de alta dirección– con la relación societaria de administrador y afirma que el vínculo mercantil de administrador absorbe las funciones que pudieran ser desarrolladas en el marco de una relación laboral de alta dirección. Quiere esto decir que la labor típica de la alta dirección desempeñada por los consejeros ejecutivos de una sociedad (consejero delegado, presidente ejecutivo) se desarrolla necesariamente en el marco de una relación que tiene naturaleza exclusivamente mercantil.

Al proyectarse en el ámbito tributario, esta doctrina del vínculo crea problemas interpretativos de diversa índole. Algunos conectan con cuestiones recurrentes del Derecho tributario como el tratamiento fiscal de los actos ilícitos o la interpretación de conceptos utilizados por las normas tributarias procedentes de otras parcelas del ordenamiento jurídico. Otros, en cambio, surgen del tópico de negar ajenidad y dependencia a la relación mercantil de los consejeros ejecutivos con la sociedad. Pero todos ellos, por su innegable trascendencia práctica, merecen ser objeto de un análisis detallado. Ese es precisamente el propósito del presente trabajo.

Palabras clave: consejeros ejecutivos, doctrina del vínculo, relación mercantil, acto ilícito y remuneración a administradores.

THE EXECUTIVE DIRECTORS IN THE TAX LAW: TAX EFFECTS OF THE DOCTRINE IN RELATED TRANSACTIONS

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

*Abogada. Uría Menéndez
Profesora Colaboradora Asociada de Derecho Tributario.
Universidad Pontificia Comillas. ICADE*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Beatriz VIANA MIGUEL, doña María José AGUILÓ GARCÍA, don Luis BRAVO CASADO, don Antonio CAYÓN GALLARDO, doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

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

Abstract:

ACCORDING to the case law of the Spanish labour courts, it is not possible to reconcile the position of senior executive, as governed by labour laws, with that of director of a company, as governed by commercial laws, since both relationships are related to the administration and management of a business. As a result, the commercial position of director absorbs the functions carried out by the same person as a top executive under the scope of a labour relationship. This means that the typical functions of senior management carried out by executive directors of a company (e.g., chief executive officer, executive president) are performed under the scope of a purely commercial relationship.

When applied to tax matters, this labour doctrine poses various interpretative problems. Some of the problems relate to recurrent topics of tax law, such as the tax treatment of illicit acts and the interpretation that must be given to terms used by tax rules but that originate in other areas of the law. Others, in contrast, arise from the idea that executive directors of a company act independently and not as an employee of the same. Owing to their significant practical implications, all of these issues are analysed in detail in this work.

Keywords: executive directors, the link doctrine, commercial relationship, illicit act and directors' compensation.

Sumario

1. Planteamiento.
2. Precisiones conceptuales.
 - 2.1. Significado y alcance de la doctrina del vínculo.
 - 2.2. Contenido y alcance de la relación laboral especial de alta dirección.
 - 2.3. Ajenidad y dependencia del consejero ejecutivo.
3. Requisitos mercantiles de la remuneración a administradores e implicaciones fiscales de su incumplimiento.
 - 3.1. Requisitos mercantiles de la retribución a los administradores.
 - 3.2. Consecuencias fiscales del incumplimiento de los requisitos mercantiles.
4. La influencia de la doctrina del vínculo en la interpretación de conceptos laborales utilizados por ciertas normas tributarias.
 - 4.1. Normas que hacen referencia a la condición de administradores o consejeros.
 - 4.2. Normas que hacen referencia a la existencia de una relación o contrato laboral.
 - 4.3. Normas que hacen referencia al término «trabajador» o «trabajo».
 - 4.4. Normas que hacen referencia al término «empleado» o «empleo».
5. La sujeción al IVA de los servicios prestados por los consejeros ejecutivos.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: La autora quiere agradecer a sus compañeros de Uría Menéndez, Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y Mario BARROS GARCÍA, socios de su grupo de práctica laboral, y Carlos PAREDES GALEGO, socio de su grupo de práctica mercantil, sus comentarios y orientación en la preparación de este trabajo. Y a Jesús LÓPEZ TELLO, socio del grupo de práctica de Derecho tributario de Uría Menéndez, la invitación a participar en la sesión formativa interna que organizó sobre este tema y en la que quedaron apuntados buena parte de los interrogantes que se abordan en este trabajo. La eventual falta de acierto en el planteamiento, análisis o conclusiones del estudio realizado para dar respuesta a esos interrogantes debe atribuirse en exclusiva a la autora.

1. PLANTEAMIENTO

La administración de las sociedades mercantiles puede encomendarse a una o varias personas (caso del administrador único o de los administradores solidarios o mancomunados), o a un órgano colegiado (consejo de administración). Dentro de este último puede distinguirse entre aquellos consejeros encargados de la gestión ordinaria de la sociedad y que, por ello, asumen el ejercicio de funciones ejecutivas, normalmente por delegación del consejo, y los demás, que solo desarrollan funciones deliberativas y de supervisión en el seno del consejo. A los primeros se les denomina comúnmente consejeros ejecutivos (y los casos paradigmáticos son los del consejero delegado o del presidente o vicepresidente ejecutivos), y a los segundos se les conoce indistintamente como consejeros ordinarios, pasivos, durmientes o externos. Ni que decir tiene que la preparación, responsabilidad y dedicación requerida a unos y otros para el desempeño de las funciones que tienen encomendadas no son equivalentes y que por ello, normalmente, la remuneración que unos y otros reciben de la sociedad a la que prestan servicios no es tampoco la misma.

Pues bien, si el tratamiento fiscal que corresponde a los consejeros ordinarios, en cuanto que miembros del consejo de administración, es relativamente sencillo de dilucidar, la posición fiscal de los conocidos como consejeros ejecutivos ofrece no pocas incertidumbres que traen causa de la controvertida naturaleza jurídica (mercantil o laboral) que ha de atribuirse a la relación de prestación de servicios que les une a la sociedad.

Utilizamos la disyuntiva («o») porque la conocida como «doctrina del vínculo», elaborada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a finales del siglo pasado, viene precisamente a negar la posibilidad de compatibilizar una relación laboral cuyo objeto consista en la gestión y la representación de la sociedad –típicamente en la forma de relación laboral especial de alta dirección– con la relación societaria de administrador para concluir en la prevalencia del vínculo mercantil que absorbe, se dice, al laboral. La doctrina, formulada por vez primera en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1988, caso Huarte (Ar. 7143), se ha visto después reiterada en multitud de ocasiones ¹ hasta poder afirmarse que, sin perjuicio de excepciones y matizaciones, constituye hoy día una línea jurisprudencial firme, contundente y consolidada, que ha sido acogida (también con sus matizaciones en casos especiales) por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ².

¹ *Vid.*, por ejemplo, las SSTs (Sala de lo Social) de 29.04.1991 (Ar. 3393), 09.05.1991 (Ar. 3794), 03.06.1991 (Ar. 5123), 18.06.1991 (RJ 1991, 5152), 16.12.1991 (RJ 1991, 9073), 27.01.1992 (Ar. 76), 11.03.1994 (RJ 1994, 2287), 22.12.1994 (Ar. 10221), 16.06.1998 (Ar. 5400), 20.12.1999 (RJ 1999, 10030), 20.11.2002 (RJ 2003, 2699), 17.07.2003 (Ar. 257), 26.12.2007 (RJ 2008, 1777).

² *Vid.*, por ejemplo, las SSTs (Sala de lo Civil) de 30.12.1992 (RJ 1992, 10570), 21.04.2005 (Ar. 4132), 24.10.2006 (Ar. 6710), 12.01.2007 (Ar. 671), 24.04.2007 (Ar. 2418), 27.04.2007 (Ar. 2392), o 29.03.2007 (RJ 2007, 1674). Un recorrido

El carácter consolidado de la doctrina jurisprudencial del vínculo está pacíficamente admitido por la doctrina laboralista o mercantilista mayoritaria, incluso entre sus más firmes detractores. En la doctrina tributarista, sin embargo, se aprecia una cierta confusión derivada, probablemente, de las matizaciones y excepciones que a veces se encuentran en la jurisprudencia sobre el vínculo ³.

La imposibilidad afirmada por la jurisprudencia de lo laboral de que en la relación que une a un consejero ejecutivo (consejero delegado, presidente ejecutivo) con la sociedad concurre una doble naturaleza (mercantil y laboral) se proyecta después en el orden mercantil y, en lo que ahora nos interesa, tributario, para crear no pocos problemas interpretativos de diversa índole.

- El primero, derivado de las implicaciones que en cuanto a los requisitos mercantiles para la retribución de los administradores tiene la doctrina del vínculo. En síntesis, el problema tiene origen en la reserva estatutaria que para la remuneración de los administradores establece el artículo 217.1 de la LSC ⁴ (antiguos arts. 130 de la LSA ⁵ o 61 de la LSRL ⁶) y en el alcance material que deba darse a dicha reserva si se entiende que, en cuanto a su alcance subjetivo, afecta sin duda a los consejeros ejecutivos. El análisis de esta cuestión y su proyección al ámbito tributario, que enlaza con el arduo problema del tratamiento fiscal de lo ilícito, lo abordaremos en el epígrafe 3 siguiente.
- El segundo deriva de la interpretación que haya de hacerse de los conceptos «trabajador», «rendimientos del trabajo», «relación laboral» o «trabajos» utilizados en las diversas normas del ordenamiento tributario cuando se trata de aplicarlas al caso de los consejeros ejecutivos. Este tema, que enlaza con el también arduo problema de la interpretación de los conceptos empleados por las normas tributarias procedentes de otras ramas jurídicas del ordenamiento, será objeto de análisis en el epígrafe 4 siguiente.
- El tercero deriva de la posible consideración del consejero ejecutivo como profesional independiente y por cuenta ajena en la prestación de servicios que hace a la sociedad. A esta

comentado por los distintos hitos jurisprudenciales que han ido consolidando la doctrina en ambas Salas (Primera y Cuarta) del Tribunal Supremo, junto con sus excepciones, se encuentra en FARRANDO MIGUEL, I.: «Comentario a las STS de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. La remuneración de los administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 32/2009, págs. 107-122.

³ Entre los autores que han negado el carácter consolidado de la doctrina jurisprudencial del vínculo se encuentran GARCÍA ROSS, J.J.: «Las retribuciones de los administradores y socios que reúnen la condición de empleados en las sociedades anónimas y limitadas», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 9/1994 (Westlaw); GARCÍA NOVOA, C.: «La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto sobre Sociedades», *Quincena Fiscal*, n.º 8/2009; del mismo autor: «Problemas de aplicación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en las Comunidades Autónomas. Especial referencia al caso de Galicia», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 94/2011, págs. 65-66; CAAMAÑO ANIDO, M.: «La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y la retribución de los administradores», *Quincena Fiscal*, n.º 8/2011; VELA TORRES, P.J.: «Criterios judiciales sobre retribución de administradores sociales», en AA.VV.: *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Valencia: Tirant lo blanch, 2010, págs. 34-35; FALCÓN Y TELLÀ, R.: «Nota a las SSTs 13 noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 (RJ 2009, 59) y 3991/2004: compatibilidad de la condición de administrador con la de trabajador, provisión por depreciación de las participaciones en una sociedad transparente, e imputación del mayor gasto derivado de las actas», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 5/2009.

⁴ Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

⁵ Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

⁶ Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

cuestión, que determina el régimen tributario de los servicios prestados por los consejeros ejecutivos en el IVA, le dedicaremos el epígrafe 5.

El objeto de este trabajo, por tanto, es el de analizar los problemas interpretativos que la doctrina del vínculo suscita en el ámbito tributario. Previamente, no obstante, entendemos necesario realizar algunas precisiones sobre el alcance de la doctrina del vínculo, sobre la relación laboral de alta dirección y sobre la posibilidad de predicar las notas de ajenidad y dependencia del vínculo entre los consejeros ejecutivos y la sociedad a la que prestan servicios, pues esas precisiones se constituirán en el punto de partida metodológico para acometer el análisis posterior.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

2.1. Significado y alcance de la doctrina del vínculo

La doctrina del vínculo, en virtud de la cual no es posible compatibilizar una relación laboral cuyo objeto consista en la gestión y representación de la sociedad y la relación social de administrador, se basa en el siguiente silogismo:

- **Premisa mayor:** las funciones de gestión que desarrolla un consejero ejecutivo, aun cuando sean más intensas que las desarrolladas por el resto de consejeros, son funciones inherentes al cargo de administrador. El Tribunal Supremo afirma así que «es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía». *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 3 de junio de 1991 (Ar. 5123), de 22 de diciembre de 1994 (Ar. 10221), de 20 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 2699) o de 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1777).
- **Premisa menor:** las funciones gerenciales propias de un alto directivo (*i. e.*, los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa a que se refiere el art. 1.2 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección), son equivalentes o coincidentes con las propias de los miembros del órgano de administración.
- **Conclusión:** ante la imposibilidad de deslindar una y otra relación atendiendo al contenido de las funciones desempeñadas (pues coinciden en ambos casos), uno de los dos títulos que existen para gobernar la relación debe quedar absorbido por el otro, de forma que la naturaleza del vínculo absorbente es la que determina, a su vez, la naturaleza de la relación. La prioridad del vínculo mercantil frente al laboral se fundamenta en el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores que excluye del ámbito laboral «el desempeño del cargo de conse-

jero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de *cometidos inherentes al cargo*»⁷.

No siempre, por tanto, que a la relación laboral de una persona con la sociedad se le yuxtapone un vínculo mercantil, por pertenencia al órgano de administración, debe aplicarse la doctrina del vínculo. De hecho, en la jurisprudencia de lo laboral, dentro de la línea clara, contundente y reiterada a la que hemos hecho referencia, se encuentran excepciones y matizaciones numerosas⁸. Pero la negación de la posible duplicidad del vínculo cuando existe una equivalencia entre las funciones que corresponden al consejero por su condición de tal consejero y las que le corresponden en su condición de directivo (que es justo el caso de los consejeros ejecutivos) está mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia.

Así, aunque la Sala Cuarta del Tribunal Supremo no ha cerrado la puerta a la posibilidad de que el consejero de la sociedad «pueda a su vez desarrollar otras actividades dentro de la propia organización empresarial, que por sus características configuren una verdadera relación de trabajo», ha dejado muy claro que «la relación de colaboración, con una determinada sociedad mercantil, tiene en principio naturaleza mercantil, cuando se desempeñan simultáneamente actividades de administración de la Sociedad, y de *alta dirección o gerencia* de la Empresa de la que se es titular», de manera que, «como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, *no calificable de alta dirección, sino comunes*, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral»⁹. Esto es, aunque la jurisprudencia admite que los miembros del consejo de administración pueden tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, restringen esa posibilidad para trabajos comunes u ordinarios, no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero (sobre todo si es ejecutivo) y trabajos de alta dirección (gerente, director general). En tales casos se entiende que el doble vínculo no es tal, ya que «tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección»¹⁰.

⁷ Y ello aunque la exclusión quede limitada, según el tenor literal del precepto, a «la actividad que se limite, *pura y simplemente*, al mero desempeño del cargo». La mayoría partidaria de la doctrina del vínculo ha calificado la reiteración de los epítetos destacados en cursiva como un ejemplo de «poca fortuna estilística». *Vid.* DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid: Lex Nova, 2000, pág. 87.

⁸ Admiten la compatibilidad del vínculo mercantil con el vínculo laboral las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1989 (Ar. 5916), 6 de octubre de 1990 (Ar. 7928), 25 de octubre de 1990 (Ar. 7714), 13 de mayo de 1991 (Ar. 3906), 20 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9296) o 26 de febrero de 2003 (Ar. 3258). Esta última, por cierto, objeto de un interesante comentario de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003», *Información laboral. Jurisprudencia*, n.º 3. En la Sala Primera, la STS de 9 de mayo de 2001 (RJ 2011, 7386) admite la compatibilidad del mantenimiento por una misma persona de la posición de consejero delegado y de titular de un contrato de arrendamiento de servicios con la sociedad para desarrollar funciones de alta dirección y gerencia. Para un comentario de esta última sentencia *vid.*, SÁNCHEZ GIMENO, S.: «Los contratos de alta dirección –civiles o laborales– celebrados con los administradores ejecutivos de sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, 245 (2002) y DÍAZ-REGAÑÓN, C.: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 2001», *CCJC*, 58, 2002.

⁹ SSTs de 11 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2287) FJ 3, de 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 10030) FJ 2, de 20 de noviembre de 2002 (2003, 2699) FJ 8 o de 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1777), FJ 2. Las cursivas son nuestras.

¹⁰ STS de 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1777), FJ 2.

2.2. Contenido y alcance de la relación laboral especial de alta dirección

El artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985 considera «personal de alta dirección» a «aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección regulada por el Real Decreto 1382/1983 se identifica así por tres notas características ¹¹:

- Ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (criterio funcional).
- Desarrollo de la actividad con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad (criterio jerárquico).
- Actuación referida a los objetivos generales de la empresa (criterio objetivo).

Un director financiero o de marketing, por ejemplo, cuyas funciones se limiten a las que en nuestra práctica empresarial corresponden típicamente a esos puestos, no cumplirían los requisitos para que su relación quedara configurada como de alta dirección. La precisión es importante porque algunas normas tributarias anudan determinadas consecuencias a la realización de funciones de dirección que no tienen necesariamente por qué ser de «alta dirección» ya que la propia norma tributaria incluye dentro de esas «funciones de dirección», las realizadas por «directores de departamento» que no cumplen, con claridad, el mencionado criterio objetivo y que probablemente tampoco cumplan el criterio jerárquico en la generalidad de los casos ¹².

2.3. Ajenidad y dependencia del consejero ejecutivo

En la relación que une a un alto directivo con la sociedad a la que presta servicios, la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia no se pone en duda. Se afirma, eso sí, que estas notas se presentan lógicamente con menor intensidad que la que tienen en una relación laboral ordinaria, pero su existencia no se excluye. No podría ser de otro modo porque esas notas, junto con la de voluntariedad y retribución, son condiciones necesarias de la existencia de relación laboral según resulta del artículo 1.1 del ET ¹³.

¹¹ *Vid.* STS de 18 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 819).

¹² Nos referimos, concretamente, al artículo 5.1 d) del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio.

¹³ Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Sentado lo anterior, se plantea si el hecho de que la doctrina del vínculo lleve a concluir que la relación que une a los consejeros ejecutivos con la sociedad a la que prestan servicios tiene naturaleza mercantil y no laboral, implica necesariamente excluir de esa relación las notas de ajenidad y dependencia.

La ajenidad, definida por la RAE ¹⁴ como «cualidad de lo ajeno» ¹⁵, se utiliza en el ámbito jurídico para señalar la cualidad de aquellas relaciones *por cuenta ajena*, en contraposición al trabajo autónomo ¹⁶.

Definida de este modo, la ajenidad se contrapone al trabajo por cuenta propia y guarda entonces relación con la titularidad de la empresa. En este sentido, la legislación laboral y sobre Seguridad Social excluyen la posibilidad de predicar esta nota respecto de personas que ejercen un control efectivo sobre la sociedad a la que prestan servicios. Así, el artículo 1.2 c) del Estatuto del trabajador autónomo ¹⁷ incluye dentro de la categoría de trabajadores por cuenta propia a «quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o preste otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella en los términos previstos en la disposición vigésima séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio». Y la disposición adicional vigésima séptima del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social entiende que el control efectivo es ejercido por aquel que por sí solo tenga al menos el 50 por 100 del capital y que se puede presumir, *iuris tantum*, ejercido por aquel en el que concurre alguna de las siguientes circunstancias ¹⁸:

- Que se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado con personas con las que conviva y que tengan, al menos, la mitad del capital de la sociedad.
- Que por sí solo mantenga una participación en el capital social igual o superior a la tercera parte del mismo.
- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene además atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Pues bien, entendida la ajenidad de esa forma, debemos concluir que por el hecho incontestable de que el consejero ejecutivo desarrolle sus funciones con un amplio grado de autonomía no significa necesariamente que no exista *ajenidad* (*i. e.*, un trabajo por cuenta ajena) en la relación de servicios que le une a la sociedad. Y ello porque, aunque ejercite poderes inherentes a la titularidad de la empresa, ese ejercicio se lleva a cabo por cuenta de los accionistas de la empresa y bajo la supervisión del consejo de administración.

¹⁴ Real Academia Española.

¹⁵ RAE (2001, s.v. ajenidad, 1.ª acepción).

¹⁶ RAE (2001, s.v. ajenidad, 2.ª acepción).

¹⁷ Aprobado por Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo.

¹⁸ *Vid.* disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social.

Por esta razón, DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA concluyen, a propósito de la distinción dogmática entre la alta dirección y la administración social, que la ajenidad existe «no solo en la relación entre directivo y sociedad, sino también en la relación entre el administrador y la sociedad», de forma que «si se niega en determinadas ocasiones en función de la participación del administrador en el capital social, esta circunstancia ya no afecta a la distinción en sí misma, sino a un elemento externo, pues también para el alto directivo o para el trabajador común con control del capital se negaría la ajenidad»¹⁹.

En cuanto a la dependencia, existe en el administrador social, como existe también de forma atenuada en la relación entre el alto directivo y la sociedad. Especialmente cuando se trata de un consejero ejecutivo que ejerce funciones ejecutivas por delegación del consejo, dado que el consejero ejecutivo se encuentra «sometido a los criterios e instrucciones del órgano de administración delegante y este tiene también funciones de control y vigilancia sobre el ejercicio de las competencias delegadas»²⁰. La mayor prueba, a nuestro juicio, de esa dependencia es la posibilidad de resolución *ad nutum* que pesa sobre su relación y la preocupación que en el ámbito mercantil ha suscitado el hecho de que dicha posibilidad de resolución *ad nutum* pueda verse restringida por cláusulas de blindaje que vayan más allá de lo necesario para compensar el daño de un cese imprevisto de la relación que le vincula a la sociedad.

Por tanto, si bien es cierto que la falta de ajenidad y dependencia permiten excluir automáticamente la existencia de una relación laboral, el razonamiento inverso no es correcto: la ajenidad y dependencia no permiten concluir automáticamente en la laboralidad de una relación por cuanto existen relaciones que, presentando esas características, son excluidas expresamente del ámbito laboral por el artículo 1.3 del ET. De ahí que se haya afirmado que la exclusión del ámbito laboral que el artículo 1.3 c) del ET hace de «la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración» tiene, cuando se aplica a los consejeros ejecutivos, carácter constitutivo y no meramente declarativo²¹.

Por otro lado, si se admite que la relación laboral de alta dirección presenta, con las especialidades que se quiera, pero sin duda alguna, las notas de ajenidad y dependencia, ¿cómo puede cuestionarse que esas mismas notas se prediquen de una relación (la de los consejeros ejecutivos) que presenta exactamente el mismo contenido funcional?

3. REQUISITOS MERCANTILES DE LA REMUNERACIÓN A ADMINISTRADORES E IMPLICACIONES FISCALES DE SU INCUMPLIMIENTO

Buena parte de los problemas interpretativos que en el ámbito tributario plantea la doctrina laboral del vínculo traen causa de la contrariedad a Derecho (*i. e.*, de la ilicitud) de la remuneración

¹⁹ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos...*, *op. cit.*, pág. 92.

²⁰ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *ibidem*, pág. 93.

²¹ DESDENTADO BONETE, A.: «Prólogo» a: LIMÓN LUQUE, M.A.: *Administradores y directivos de las sociedades capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, págs. 17-18; DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos...*, *op. cit.*, págs. 92 y 93; y LIMÓN LUQUE, M.A.: *Administradores y directivos de las sociedades capitalistas...*, *op. cit.*, pág. 58.

pagada a los consejeros ejecutivos a que aboca a concluir esa doctrina en su paseo previo por el orden mercantil cuando se utiliza para interpretar cuál es el alcance subjetivo de la reserva estatutaria contenida en el artículo 217.1 de la LSC.

Este problema interpretativo enlaza con el de gravamen de lo ilícito, que es uno de los temas más controvertidos del Derecho tributario y cuyo análisis en profundidad desbordaría las pretensiones de este trabajo ²². Sí nos interesa señalar, con todo, que la posición de los autores y de la jurisprudencia sobre esta cuestión oscila entre la de aquellos que, invocando el principio de unidad del ordenamiento jurídico, postulan ignorar a efectos fiscales las rentas, actos o negocios que constituyan un ilícito en otra rama del ordenamiento, y la de aquellos que, invocando el principio de capacidad económica, entienden que los actos o negocios jurídicos deben ser sometidos a tributación sin perjuicio de los vicios de invalidez de los que pudieran adolecer. Entre estas dos posturas extremas se encuentran posiciones matizadas y, entre ellas, la que a nuestro juicio mejor se acomoda a las exigencias de la justicia (y no solo tributaria): la de la irrelevancia, en principio, de los vicios de ilicitud de que pudieran adolecer los actos o negocios celebrados por los obligados tributarios (que llevaría a someterlos a imposición como si fueran válidos), sin perjuicio de reconocer efectos fiscales a los actos que el ordenamiento jurídico establezca para reparar la contravención cuando y si tienen lugar.

3.1. Requisitos mercantiles de la retribución a los administradores

Cuando se trata de sociedades anónimas, el artículo 217.1 de la LSC, en lo que aquí nos interesa, dispone que «el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución». En igual sentido se pronuncia el artículo 217.1 de la LSA cuando señalaba que «la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos». Para su conformidad con la normativa mercantil, es necesario que las retribuciones a los administradores de sociedades anónimas gocen de una adecuada cobertura estatutaria ²³. Las retribuciones a administradores que carezcan de ella son, así, contrarias a Derecho y, como tales, ilícitas.

Pero la determinación del alcance, tanto subjetivo como objetivo o material, de esta reserva estatutaria para las retribuciones de los administradores es una cuestión controvertida.

3.1.1. El alcance subjetivo de la reserva estatutaria y la doctrina del vínculo

En cuanto al alcance subjetivo, tras la formulación de la «doctrina del vínculo», se entiende comúnmente que la reserva alcanza también a la retribución pagada al consejero ejecutivo: que la

²² Sobre esta materia, *vid.* APARICIO PÉREZ, J.: «El tratamiento fiscal de actividades ilícitas y fondos de origen ilegal», *Crónica Tributaria*, n.º 76, 1995; BACIGALUPO, S.: «Delito fiscal y tributación de las ganancias ilícitamente obtenidas», *La Ley*, Tomo VI, 2001; CHICO DE LA CÁMARA, P.: «La tributación de los actos ilícitos: aplicabilidad de las soluciones adoptadas en el derecho italiano al caso español», *RCyT*, CEF, n.º 163, 1996; FALCÓN Y TELLÁ, R.: «La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito: SAP 24 de enero de 1998», *Quincena Fiscal*, n.º 11, 1999; PUEBLA AGRAMUNT, N.: «El gravamen de lo ilícito. Aplicación práctica de la solución propuesta a los distintos impuestos desde nuestro Derecho positivo», *RCyT*, CEF, n.º 310, 2009; SOLER ROCH, M.T.: «La tributación de las actividades ilícitas», *REDFC*, n.º 85, 1985.

²³ La misma regla se aplica para las sociedades de responsabilidad limitada que presentan, no obstante, la especialidad de que en ellas el sistema de retribución, cuando no consista en participaciones en beneficios, puede ser establecido por la Junta General para cada ejercicio. *Vid.* artículos 217 y 218 de la LSC y 66 de la LSRL.

exigencia legal de que la retribución conste en estatutos no puede ser burlada mediante la formalización de contratos laborales de alta dirección ni, tampoco, mediante contratos de prestación de servicios de naturaleza mercantil, cuando unos u otros tienen por objeto regular la prestación por el consejero de las funciones que le corresponden como tal. Esta conclusión ha sido acogida en la mayor parte de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que han abordado la cuestión ²⁴, además de por la doctrina mercantilista mayoritaria ²⁵. No así, en cambio, por los agentes sociales y, en particular, por nuestras grandes sociedades anónimas en las que es práctica usual regular en detalle el paquete retributivo de sus primeros ejecutivos en contratos *ad hoc* firmados con ellos (sean de naturaleza mercantil o laboral); esto es, al margen de los estatutos sociales, sin perjuicio de que, en la mayor parte de los casos, busquen en ellos cierto anclaje.

Esta práctica de nuestras principales empresas, que solo en circunstancias excepcionales ha adquirido carácter contencioso, ha encontrado respaldo en las tesis de un sector de mercantilistas, minoritario pero con voces muy autorizadas, que ha cuestionado con sólidos argumentos las conclusiones que se extraen de la doctrina del vínculo para precisar el alcance subjetivo de la reserva estatutaria establecida en la legislación mercantil. Destaca entre ellos, especialmente, por su excelente construcción y por la variedad y profundidad de los argumentos utilizados en apoyo a su tesis, la crítica del profesor PAZ-ARES a la doctrina del vínculo en su aplicación a los consejeros ejecutivos. En síntesis apretada, entiende el profesor que la doctrina del vínculo, aplicada al caso de los consejeros ejecutivos, adolece de un «pecado original»: el de no distinguir entre las funciones «inherentes al cargo de administrador» en función de la diferente estructura que puede adoptar el órgano de administración de una sociedad: simple –administrador único, administradores mancomunados y administradores solidarios– o colegiados –consejo de administración–. Y que este pecado original lleva al error de equiparar, cuando la estructura del órgano de administración adopta la forma colegiada de consejo, las funciones del consejero en su condición de ejecutivo de la compañía (cuando desempeña una función claramente de gestión por delegación del consejo) con las de los consejeros ordinarios o externos (que desempeñan solamente funciones deliberativas de supervisión). Entiende PAZ-ARES que no se puede juzgar por el mismo rasero las formas simples de organizar la administración de una sociedad –administrador único, administradores solidarios y administradores mancomunados– y las formas complejas –el consejo de administración– porque, si bien en las formas simples es indudable que la función ejecutiva de los administradores constituye un «cometido inherente al cargo» (con lo que la doctrina del vínculo tiene pleno sentido), no sucede de igual modo en las formas complejas. En estas, el «cometido inherente al cargo» de consejero es la función deliberativa. Por el contrario, la función ejecutiva que puede atribuirse a algunos consejeros (a los ejecutivos) no deriva de su calidad de «consejeros» ni es un cometido inherente a su nombramiento como tales, sino que deriva de su calidad de «delegados». Y ello le lleva a concluir que la *sedes materiae* de la retribución de los consejeros ejecutivos no se encuentra en el artículo 130 de la LSA (ahora 217.1 de la LSC) sino en el artículo 141 del mismo texto legal (ahora 233.2 *in fine* de la LSC) ²⁶, con lo que esa retribución no estaría incluida en la reserva estatutaria.

²⁴ *Vid.*, entre otras, las SSTS (Civ) 21.04.2005 (Ar. 4132), 24.10.2006 (Ar. 6710), 12.01.2007 (Ar. 671), 24.04.2007 (Ar. 2418), 27.04.2007 (Ar. 2392), 31.10.2007 (Ar. 6816).

²⁵ *Vid.*, referencias detalladas en FARRANDE MIGUEL, I.: «Comentario a las SSTS de 13 de noviembre de 2008...», *op. cit.*, pág. 123.

²⁶ PAZ-ARES, C.: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 2.

Dejamos apuntado, pues, que la contrariedad a Derecho de las retribuciones pagadas a los consejeros ejecutivos sin cobertura estatutaria solo en circunstancias muy específicas ha resultado conflictiva en la práctica de nuestras empresas (y solo en contadas ocasiones ha llevado aparejada la pretensión de restitución por parte de las entidades pagadoras de toda la remuneración pagada a sus consejeros) y que, si bien la posición prevalente en nuestra jurisprudencia es que la reserva estatutaria establecida para la remuneración de los administradores afecta también a la de los consejeros ejecutivos, esta posición no es unánime en la doctrina.

3.1.2. El alcance objetivo de la reserva estatutaria y la doctrina del milímetro

En cuanto al alcance objetivo de la reserva estatutaria, la doctrina mercantilista es unánime en señalar que la reserva estatutaria contenida en el artículo 217.1 de la LSC se limita al aspecto cualitativo de las retribuciones a los administradores (modalidad) pero no así a su aspecto cuantitativo (importe de aquellas).

Sin embargo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sus conocidas Sentencias de 13 de noviembre de 2008 [recursos 3991/2004 (NFJ030831) y 2578/2004 (NFJ030830), caso Mahou], vino a cuestionar esta doctrina unánime al entender que el artículo 217.1 de la LSC exige que la retribución esté determinada «con certeza», sin que sea suficiente que estatutariamente se prevean varios sistemas dejando a la junta la determinación de cuál de ellos aplicar, y que ello requiere además:

- Que en caso de retribución variable basada en participación en beneficios, se establezca en los estatutos el porcentaje concreto, sin que sea suficiente fijar estatutariamente un porcentaje máximo.
- Que en caso de retribución fija, los estatutos establezcan la cantidad concreta o, al menos, los criterios que permitan determinar perfectamente, sin ningún margen de discrecionalidad, su cuantía, sin que pueda delegarse al órgano soberano (*i. e.*, la Junta General) la posibilidad de concretar su importe ²⁷.

Las críticas recibidas por esta interpretación de la reserva estatutaria establecida en el artículo 217.1 de la LSC, bautizada de forma expresiva como la «doctrina del milímetro» ²⁸, han sido numerosas y aceras ²⁹. Sobre todo porque, si se une a la anterior doctrina del vínculo, lleva a concluir en la más que probable contrariedad a Derecho de las retribuciones pagadas a los primeros ejecutivos

²⁷ En este punto la refundición de la normativa mercantil sobre sociedades parece haber adoptado un criterio diferente para admitir la posibilidad, en el caso de sociedades de responsabilidad limitada y en contra del criterio manifestado por el Tribunal Supremo en estas sentencias, de que los estatutos establezcan un porcentaje máximo. Así, el artículo 218.1 de la LSC dispone que «en la sociedad de responsabilidad limitada cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma, que en ningún caso podrá ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios».

²⁸ PAZ-ARES, C.: «*Ad impossibilia nemo tenetur* (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)», *La Ley*, 10.983/2009.

²⁹ *Vid.* por todos, PAZ-ARES, C.: «*Ad impossibilia nemo tenetur...*», *op. cit.* y RONCERO SÁNCHEZ, A.: «Comentario a las SSTs de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 32/2009.

de las empresas de este país. Regular en los estatutos con el detalle exigido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo cada uno de los elementos que componen el paquete retributivo de esos primeros ejecutivos es imposible, además de poco recomendable en términos de estrategia empresarial ³⁰.

En nuestra opinión, la licitud de retribuciones a administradores que, *gozando de cobertura estatutaria*, no se adecuen *ad pedem litterae* a los criterios establecidos en las referidas sentencias puede defenderse con los siguientes razonamientos:

- La «doctrina del milímetro» no constituye técnicamente jurisprudencia vinculante para dilucidar la validez mercantil de las cláusulas estatutarias de remuneración de administradores al haber sido establecida por la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo y no por la Sala Primera (de lo Civil).
- Las cláusulas estatutarias que han sido inscritas en el Registro Mercantil gozan de presunción de validez y si la retribución a los consejeros ejecutivos es conforme a ella, debería estarse a esa presunción.
- La licitud de esas retribuciones es coherente con otras normas del ordenamiento jurídico mercantil [arts. 9 de la LSA, 116 bis i) de la Ley del Mercado de Valores o 66.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por ejemplo], con el criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 12 de noviembre de 2003 –Ar. 7684–³¹], con los antecedentes legislativos del artículo 130 de la LSA ³², o con la redacción que han adoptado los preceptos en la LSC, que vienen a respaldar la posición mayoritaria de la doctrina mercantilista en el sentido de que la reserva estatutaria se limita al aspecto cualitativo (modalidad) de las retribuciones a los administradores pero no así al aspecto cuantitativo (importe de aquellas).

Con todo, hasta que no haya jurisprudencia vinculante de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la validez de la doctrina del milímetro es, sin embargo, una cuestión abierta. Y asumiendo su validez provisional, si a esta doctrina se le añade la ya referida doctrina del vínculo, nos encontramos con que el incumplimiento de los requisitos mercantiles establecidos para la remuneración a administradores determina que las remuneraciones pagadas a consejeros ejecutivos no sean conformes a Derecho; *i. e.*, que sean, al menos *a priori*, ilícitas.

La cuestión que se plantea entonces, en el ámbito tributario, es determinar el tratamiento a otorgar a esas retribuciones que pueden considerarse contrarias a Derecho, tanto en el Impuesto sobre Sociedades de la sociedad pagadora, como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del perceptor, o en la aplicación de otras normas tributarias que anuden consecuencias a su percepción.

³⁰ Remitimos al lector a las consideraciones vertidas por C. PAZ-ARES, *op. ult. cit.*, que desde una metodología de análisis económico del derecho demuestra –a nuestro juicio, convincentemente– el desacierto del criterio jurisprudencial.

³¹ Que ordena la inscripción de una cláusula estatutaria del siguiente tenor: «El cargo de administrador será retribuido con una cantidad fija, de acuerdo con la actividad que desarrolle en la entidad. La retribución deberá ser fijada por la junta general para cada ejercicio».

³² Artículo 74 de la LSA de 1951 en la interpretación unánime que le dieron doctrina, jurisprudencia y sociedad. *Vid.* GARRIGUES, J. y URÍA, R.: *Comentario de la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., Madrid: Aguirre, 1976, pág. 92.

3.2. Consecuencias fiscales del incumplimiento de los requisitos mercantiles

3.2.1. *Impuesto sobre Sociedades de la sociedad pagadora*

3.2.1.1. Estado de la cuestión

El artículo 10.3 del vigente TRLIS ³³ establece, como regla general, que «la base imponible del Impuesto sobre Sociedades se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas».

Para el cálculo de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, el TRLIS se remite de forma genérica al resultado contable que resulta de la legislación mercantil y solo regulan expresamente aquellas partidas de ingreso o gasto en las que el legislador fiscal quiere apartarse del criterio contable. Quiere esto decir que las retribuciones de administradores, en la medida en que tengan la condición de gasto contable, deberán tener asimismo la condición de gasto fiscal, a no ser que exista en el TRLIS alguna norma específica que expresamente excluya su deducibilidad.

En este sentido, el vigente TRLIS, a diferencia de la derogada Ley 61/1978, no contiene ninguna previsión sobre retribuciones de administradores en cuya virtud el tratamiento fiscal de estas partidas deba apartarse de su tratamiento contable. No obstante, el artículo 14 del TRLIS excluye, como también hacía la Ley 61/1978, la deducibilidad fiscal de, entre otros, «los donativos y liberalidades».

La posición tradicional de la Administración Tributaria ³⁴ ha sido la de revisar la adecuación de las retribuciones satisfechas a los administradores a los requisitos establecidos en el ordenamiento mercantil para concluir, en el caso de falta de conformidad, que las retribuciones tienen la consideración de liberalidades y que, como tales, no pueden ser consideradas gasto deducible.

Sin embargo, en fechas no muy lejanas, la DGT ³⁵ ha cuestionado la calificación como «liberalidad» de aquellas retribuciones que no cumplen los requisitos mercantiles. Nos referimos, concretamente, al Informe de fecha 12 de marzo de 2009, emitido por la DGT a solicitud del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria poco después de las sentencias del caso Mahou y que trató, si se nos permite la expresión, de tranquilizar las aguas del alcance objetivo de la reserva estatutaria contenida en el artículo 130 de la LSA que, como hemos visto, la «doctrina del milímetro» contenida en esas sentencias habría venido a remover.

En el Informe la DGT concluye que «los gastos representativos de las retribuciones satisfechas a los administradores de sociedades mercantiles tienen la consideración de gasto fiscalmente dedu-

³³ Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

³⁴ *Vid.* Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de septiembre de 2006 (NFJ025137), 11 de octubre de 2006 (NFJ024874) o de 18 de diciembre de 2008 (NFJ031514).

³⁵ Dirección General de Tributos.

cible en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con la normativa vigente regulada en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, *cuando los estatutos establezcan el carácter remunerado del cargo, aunque no se cumpliera de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos que, para cada tipo de retribución, establece la normativa mercantil*» (las cursivas son nuestras).

El razonamiento que hace la DGT en su Informe es el siguiente:

- 1.º El TRLIS vigente toma como punto de partida para determinar la base imponible el resultado contable y luego ajusta ese resultado en aplicación de disposiciones específicas del propio TRLIS.
- 2.º Las retribuciones de los administradores son gasto contable.
- 3.º No existen disposiciones específicas en el TRLIS sobre la retribución a administradores.
- 4.º El concepto de liberalidad no puede aplicarse en este caso ya que un gasto aunque no sea obligatorio jurídicamente no constituye una liberalidad siempre que se realice para obtener ingresos.
- 5.º Luego, no existiendo normas que corrijan el resultado contable en este punto, el gasto contable por retribuciones de administradores debe considerarse fiscalmente deducible.

En nuestra opinión, el Informe de la DGT tiene por objeto, como hemos afirmado, tranquilizar las aguas revueltas por la «doctrina del milímetro». Se centra, por tanto, en los efectos fiscales de la determinación del alcance objetivo de la reserva estatutaria establecida en el artículo 130 de la LSA (*vid.* epígrafe 3.1.2 anterior), pero no así en su alcance subjetivo (*vid.* epígrafe 3.1.1 anterior). Quiere esto decir que parece desprenderse del Informe que queda fuera de su objeto el análisis de la deducibilidad de retribuciones a administradores que carezcan totalmente de cobertura estatutaria. Y ello, no solo porque el Informe tome como punto de partida que las retribuciones figuren en estatutos y así lo exija en su conclusión, ni porque su conclusión literal abone nuestro entendimiento de que es la doctrina del milímetro (el «cumplimiento escrupuloso con todos y cada uno» de los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo) lo que le preocupa, sino, sobre todo, porque el Informe no responde directamente a la verdadera cuestión que se plantea: si un gasto ilícito, por contravenir el ordenamiento jurídico, puede ser deducible.

Por ello, no podemos compartir, aunque bien nos gustaría, el optimismo que en parte de nuestra doctrina se instaló tras el Informe de la DGT, en el sentido de que bajo el vigente TRLIS la deducibilidad de los gastos por remuneración a los administradores que se encuentre contabilizada no plantea ningún problema, goce o no de cobertura estatutaria ³⁶. En nuestra opinión, el

³⁶ *Vid.*, en tal sentido, MAGRANER MORENO, F.J.: «Un "esperado" giro jurisprudencial en torno a la calificación de las retribuciones de los administradores como gasto en el Impuesto sobre Sociedades», *Tribuna Fiscal*, n.º 256, 2012. Comparte nuestro escepticismo RODRÍGUEZ OTERO, L.E.: «La retribución de los administradores de entidades mercantiles en el Impuesto sobre Sociedades», *Estrategia Financiera*, n.º 274, 2010, pág. 5. Las conclusiones del Informe habían sido ya aplicadas por la doctrina administrativa (*vid.* Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de sep-

Informe de la DGT viene a validar (desde la perspectiva fiscal) la que es la opinión unánime de la doctrina mercantilista sobre el alcance objetivo de la reserva estatutaria contenida en el artículo 130 de la LSA: que una retribución de administradores para ser deducible (por lícita) debe estar prevista en estatutos y que estos deben, además, establecer la modalidad de retribución –sin que sea necesario, por tanto, descender al detalle exigido por la «doctrina del milímetro»–. En palabras de la DGT sin que sea necesario el «cumplimiento de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos que, para este tipo de retribución, establece la normativa mercantil». Pero, en nuestra opinión, el Informe no es la panacea que permita defender (extrapolando su argumentación) la deducibilidad de retribuciones a administradores que carezcan totalmente de cobertura estatutaria. Y en particular, la de consejeros ejecutivos cuya retribución se pacte en contratos al margen de lo establecido en estatutos.

Así, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2010 (NFJ041572) y de 23 de febrero de 2011 (NFJ042091) concluyen que las consideraciones vertidas en el Informe de la DGT no resultan trasladables a los casos en que «no se pretende la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los miembros del Consejo de Administración de las sociedades que se cita por su condición de tales, sino que se pretende la deducibilidad como gasto de personal de las percepciones satisfechas por las funciones ejecutivas prestadas por los perceptores [a la sazón, consejeros ejecutivos] cuya relación es [*sic; rectius*: se pretende] de naturaleza laboral, cuestión esta [la de la naturaleza laboral de esa relación] que debe ser rechazada en base a la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 11 de marzo de 2010 (NFJ039800), rec. casación 10315/2003»³⁷. Y ese criterio también se encuentra en la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2012 (rec. n.º 169/2009)³⁸.

A nuestro juicio, por tanto, la pregunta clave permanece sin respuesta: las retribuciones que no gozan de cobertura estatutaria: ¿constituyen una liberalidad que excluya su deducibilidad a efectos fiscales?

3.2.1.2. La eventual calificación como liberalidad de los gastos ilícitos: consideraciones críticas

Como hemos señalado, el vigente TRLIS establece en su artículo 14.1 e) la no deducibilidad, sin perjuicio de su consideración como gasto contable, de los donativos y liberalidades.

La RAE define el término liberalidad, en su tercera acepción, como «disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya». Este significado literal del término liberalidad es el

tiembre de 2006 –NFJ025137–, 11 de octubre de 2006 –NFJ024874– o 18 de diciembre de 2008 –NFJ031514–) y han sido acogidas sin mayor miramientos por algunos tribunales de justicia (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de julio de 2011 –NFJ044404– o la Sentencia del TSJ de Galicia de 2 de junio de 2011 –NFJ044514–). Ahora bien, en ninguna de estas resoluciones se planteaba el problema que nos ocupa: la de la retribución de consejeros ejecutivos sin cobertura estatutaria. Como excepción, la STSJ de Galicia 403/2011 de 13 de mayo de 2011, que sí versa sobre la remuneración pagada a un consejero ejecutivo en el marco de una relación pretendidamente laboral, concluye asimismo en la deducibilidad de las cantidades pagadas invocando el Informe de la DGT de 12 de marzo de 2009.

³⁷ Igual criterio se encuentra en STSJ de Cantabria de 4 de junio de 2010 –NFJ042196– o RTEAC de 5 de mayo de 2010 –NFJ039660–, o SSAN de 2 de diciembre de 2010 –NFJ041572– o de 23 de febrero de 2011 –NFJ042091–.

³⁸ Una reseña de esta sentencia se encuentra en la *Revista Interactiva de Actualidad*, n.º 9 (2012).

que recogía el legislador tributario en el artículo 14 f) de la antigua Ley 61/1978³⁹ cuando consideraba no deducibles «las liberalidades cualesquiera que fuere su denominación, salvo lo dispuesto en el epígrafe m) anterior» y aclaraba a renglón seguido que «a estos efectos no se considerarán liberalidades aquellas prestaciones en las que haya contraprestación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de esta Ley».

La jurisprudencia atiende a este sentido literal del término cuando niega que constituyan liberalidades aquellas prestaciones para las que haya contraprestación⁴⁰. Y el Informe de la DGT también atiende a este significado gramatical cuando concluye que no concurre liberalidad alguna en las remuneraciones pagadas a los administradores que no cumplan de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos establecidos por la normativa mercantil pues, argumenta, se trata de cantidades pagadas en contraprestación de unos servicios recibidos.

Sin referencia expresa a la existencia de contraprestación, se ha entendido también que no existe liberalidad cuando el gasto es necesario para la obtención del eventual rendimiento⁴¹ o cuando guarda una relación directa con el rendimiento⁴².

Este significado de liberalidad (que toma como punto de partida el uso que en nuestro lenguaje compartido se hace de este término) no puede ser aplicado a determinados gastos que, necesarios *de facto* para la obtención de ingresos, o relacionados directamente con esa obtención, o pagados para obtener una contraprestación a cambio, contravienen el ordenamiento jurídico. Existen gastos ilícitos (por contrarios al ordenamiento jurídico) que no constituyen liberalidades, si interpretamos el término liberalidad en el sentido apuntado.

Sin embargo, de algunas sentencias del Tribunal Supremo parece desprenderse que todo gasto ilícito constituye necesariamente una liberalidad. En estas sentencias, que construyen el concepto de liberalidad por exclusión, se limitan los gastos no constitutivos de liberalidad a los que sean no solo necesarios u oportunos *de facto* para la obtención de ingresos o de una contraprestación, sino también posibles *de iure*. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2010 (NFJ038317), en la que se analiza la deducibilidad para una farmacéutica de gastos de congresos, *simposiums* y reuniones que constituyen un tipo de promoción de medicamentos expresamente prohibida por el Real Decreto 3451/1997, reproduce y comparte el criterio de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2004 (NFJ018018) cuando afirma lo siguiente:

«La verdadera cuestión que plantean estas normas es, de una parte, que los gastos que en ellas se consideran prohibidos no podrían ser deducibles, pues el ordenamiento jurídico es unitario, en su consideración global, lo que excluye que determinados gastos llevados a cabo con infracción de normas prohibitivas puedan servir de base a su deducción, ya que en el concepto de gastos necesarios para la obtención de ingresos solo cabe considerar como tales los materialmente necesarios que ade-

³⁹ Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁰ SSTs de 19 de diciembre de 2003 –NFJ018232–, 14 de septiembre de 2009 –RJ 2010, 912– y SSAN de 29 de junio de 2006 –NFJ024246– y 30 de abril de 2007 –NFJ026316–.

⁴¹ STS de 30 de marzo de 2011 –NFJ042656–, FJ 5.

⁴² SSTs de 27 de mayo de 2010 –NFJ039276–, FJ 3 y 26 de abril de 2010 –NFJ038972–, FJ 9.

más sean legalmente posibles, pues lo contrario sería tanto como afirmar que para obtener un rendimiento lícito sería posible valerse de medios ilícitos».

Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 (NFJ038068), en relación con la deducibilidad de intereses de demora derivados de un acta de inspección, afirma que:

«... no pueden tener la consideración de gastos deducibles los intereses de demora, en este caso derivados de un acta de inspección, en tanto no son necesarios los gastos derivados de una situación de incumplimiento de una norma. Lo que resulta acorde con el principio general de la no admisibilidad de que para obtener ingresos sean necesarios gastos que deriven de una infracción de ley. Repugna al principio de Justicia, consagrado en el artículo 1.º de la CE que el autor de un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio o ventaja del mismo. Por ello, como presupuesto primero e ineludible para determinar si un gasto es o no fiscalmente deducible, se exige que el gasto no esté prohibido normativamente o que se derive de un acto ilícito; de suerte que resulta inútil entrar a examinar fiscalmente la deducibilidad fiscal del gasto si procede del incumplimiento de una norma, por prohibición o por contravención».

No compartimos el razonamiento de estas sentencias por varias razones.

En primer lugar, porque, como hemos apuntado ya, maneja un concepto de liberalidad diferente del que se desprende del uso del término (*i. e.*, de su significado) en nuestro lenguaje.

En segundo lugar, porque contrariamente al criterio que en ellas se manifiesta, la propia ley tributaria establece la irrelevancia fiscal de los vicios de ilicitud de que puedan adolecer los actos o negocios jurídicos realizados por los obligados tributarios. Así, el artículo 13 de la LGT ⁴³ dispone que «las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y *prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez*».

En tercer lugar, porque la irrelevancia fiscal del vicio de invalidez es la tesis más coherente con el propio sistema tributario, en cuanto este se vertebra alrededor de un principio propio (el de capacidad económica) que obliga a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en función de la capacidad económica de cada cual ⁴⁴. En este sentido, la deducibilidad de los gastos reales incurridos por un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades no constituye ninguna *ventaja* para la sociedad pagadora (como parece desprenderse de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 antes citada), sino una exigencia de la justicia tributaria para adecuar la contribución a los gastos públicos

⁴³ Ley 58/2003, de 23 de diciembre, General Tributaria.

⁴⁴ Esta falta de relevancia fiscal de los vicios de invalidez ha sido verbalizada por el profesor FALCÓN Y TELLÁ con la expresión «abstracción tributaria de la causa». *Vid.* FALCÓN Y TELLÁ, R.: «La abstracción tributaria de la causa y la presunción de validez de los actos o negocios gravados», *Quincena Fiscal*, n.º 8/2010 y «La abstracción tributaria de la causa y sus consecuencias en la calificación de los negocios», en AA.VV.: VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario. La Asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los nuevos planes de estudio, *Instituto de Estudios Fiscales*, Doc. n.º 12/2011. En la cuestión que nos ocupa, también han invocado el artículo 13 de la LGT para defender la deducibilidad de retribuciones a administradores sin cobertura estatutaria, CAAMAÑO ANIDO, M.: «La reducción del 95 (o 99) por 100...», *op. cit.* o RODRÍGUEZ OTERO, L.E.: «La retribución de los administradores...», *op. cit.*

de ese sujeto pasivo a su verdadera capacidad contributiva. Las sociedades que entienden que las funciones ejecutivas de sus consejeros ejecutivos no son «cometidos inherentes al cargo de consejero» y que, por ello, las regulan en un contrato de servicios (laboral o mercantil), ven realmente reducida su capacidad económica como consecuencia de la remuneración pagada a esos consejeros y deberían contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en atención a esa capacidad económica mermada.

Y en cuarto y último lugar, porque si bien es cierto que el principio de capacidad contributiva puede verse exceptuado en atención a consideraciones extrafiscales, pensamos que con carácter general no puede atribuirse al Derecho tributario una finalidad extrafiscal sancionadora, que es lo que sucedería si el régimen tributario de las diferentes figuras impositivas se constituyera en una forma de sancionar los actos ilícitos, y si fuera el orden contencioso-administrativo el que debiera pronunciarse, siquiera para deducir las correspondientes consecuencias fiscales, sobre la contrariedad o conformidad a Derecho de cuestiones que pueden ser muy controvertidas y muy ajenas a su competencia. Si se quiere excluir la deducibilidad de gastos ilícitos en el Impuesto sobre Sociedades, debería hacerse expresamente a través de la modificación legislativa del artículo 14.1 del TRLIS y no mediante la exclusión de la deducibilidad de gastos reales y contabilizados en casos que no están previstos en el presupuesto de hecho de esta norma y que no responden a la misma *ratio legis* que los regulados en ella.

Podría pensarse, no obstante, que en cuanto el incumplimiento de los requisitos mercantiles conlleva la obligación de restitución por parte del consejero de la retribución percibida, su no deducibilidad puede fundarse en la imposibilidad de reconocerlo como gasto contable: si un gasto (según la definición contenida en el art. 36 del Código de Comercio) es un «decremento del patrimonio neto durante el ejercicio ya sea en forma de salidas o disminuciones en el valor de los activos, o de reconocimiento o aumento de los pasivos», el pago de un gasto ilícito (por ejemplo una retribución a los administradores en contra de lo establecido en los estatutos societarios) determinaría que el abono a cuentas de tesorería o de pasivo debería realizarse con cargo a un derecho de crédito frente al receptor del pago (los administradores en nuestro ejemplo) para la restitución de lo indebidamente cobrado, con lo que no debería haber lugar al reconocimiento contable del gasto.

Pero para determinar si ese derecho de restitución realmente existe o no (y con él, la imposibilidad de contabilizar la remuneración como gasto) no basta con analizar las normas mercantiles que establecen la reserva estatutaria. También hay que atender al principio de confianza legítima que la reiteración de actos propios de la sociedad a la que presta sus servicios haya podido generar en el consejero ejecutivo sobre la percepción de la retribución acordada –devida o indebidamente– en su contrato. Sobre todo cuando su retribución es objeto de aprobación por la Junta General.

Y también hay que atender, en nuestra opinión, al principio de justicia contenido en el artículo 1 de nuestra Constitución, ya que si, como decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 antes citada, repugna al principio de Justicia consagrado en ese precepto que el autor de un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio o ventaja del mismo, igualmente repugna al mismo principio que una persona que ha estado trabajando para una sociedad de forma exclusiva y muy exigente en cuanto a dedicación y responsabilidad (como es el caso de los consejeros ejecutivos) pueda verse privada de la posibilidad de obtener ingresos de su trabajo que compensen esa dedicación ⁴⁵.

⁴⁵ Como decía el Tribunal Supremo (Sala Cuarta) en su Sentencia de 26 de febrero de 2003 «no es razonable dejar jurídicamente desamparado a quien, en rigor, ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico, lo cual exi-

En este sentido, si lo que las normas mercantiles tratan de preservar es la transparencia de la remuneración para evitar abusos y retribuciones desproporcionadas en supuestos que pueden estar cercanos a la autocontratación, en el ámbito tributario ya tenemos una solución *ad hoc* para ese problema: al tratarse de partes vinculadas la remuneración acordada debe ser de mercado con lo que, ni podría ser objeto de deducción la remuneración pagada en exceso de estándares de mercado, ni podría negarse la deducción de la remuneración dejada de pagar en defecto de dicho estándar ⁴⁶. En este sentido, aunque desde algunos foros se ha propuesto eliminar la necesidad de que la norma de valoración a mercado entre partes vinculadas se aplique a los administradores, por entender que en este caso es imposible encontrar un valor de mercado entre partes independientes ⁴⁷, entendemos que este argumento no es del todo válido cuando se trata de retribuir las funciones ejecutivas que ejercen por delegación del consejo los consejeros ejecutivos: dado que esas funciones son las mismas que se ejercen bajo un contrato laboral de alta dirección, puede encontrarse un comparable (interno o externo) en aquellos directores generales o gerentes que, no perteneciendo al consejo de administración, solo se encuentran vinculados con la compañía a la que prestan servicios por una relación laboral.

Existen, por tanto, argumentos suficientes para defender la deducibilidad de las retribuciones a los consejeros ejecutivos, incluso en los casos en que por aplicación de la doctrina del vínculo pueda cuestionarse su conformidad a la regulación mercantil.

3.2.2. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del consejero ejecutivo

Si la contrariedad a Derecho de las remuneraciones a los administradores que no cumplen los requisitos mercantiles ha suscitado, como hemos analizado, enorme controversia en cuanto a su deducibilidad por la sociedad pagadora, no ha ocurrido lo mismo con su imposición en sede del conseje-

ge unas garantías mínimas manifestadas en una estabilidad aceptable y en una retribución adecuada». En este sentido, normalmente el desacuerdo en materia retributiva de consejeros ejecutivos ha adquirido carácter contencioso para dilucidar la conformidad a Derecho de los blindajes o *golden parachutes* pactados con el consejero ejecutivo para el caso de resolución de su relación de servicios. Solo en contados casos se ha pedido también la devolución de las cantidades obtenidas por el consejero ejecutivo en concepto de retribución durante la vigencia de esa relación. Y, hasta donde conocemos, en los escasos supuestos en que se ha planteado, esa pretensión, por una u otra razón, no ha sido acogida por los tribunales.

⁴⁶ Como apuntan FALCÓN Y TELLÁ, R.: «Nota a las SSTs 13 noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004: la posibilidad de que la junta general intervenga en la fijación de las retribuciones de los consejeros», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 4/2009; CAAMAÑO ANIDO, M.: «La reducción del 95 (o 99) por 100...», *op. cit.* o GARCÍA NOVOA, C.: «La deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades...», *op. cit.* Este criterio es el que parece haber seguido la DGT en respuesta a Consulta V1081/2011 (NFC041298), si bien limita en exceso, en nuestra opinión, el ámbito de aplicación de la norma de valoración a mercado cuando concluye que, aunque como regla general los gastos pagados al administrador no serán fiscalmente deducibles cuando los estatutos no prevén retribución alguna, «en el caso de que el administrador prestara servicios mercantiles a la sociedad, se trataría de una operación vinculada, por lo que sería de aplicación el artículo 16 del TRLIS, siendo fiscalmente deducible los gastos derivados de dicha relación mercantil por funciones distintas a la de administración». No coincidimos con este último inciso dado que las funciones ejecutivas de gerencia y administración que presta el consejero ejecutivo a la sociedad también son una operación vinculada y no tiene ningún fundamento, en nuestra opinión, excluirlas del ámbito de aplicación de la norma de valoración a mercado. Aunque ello pueda poner de manifiesto, como ya lo ha hecho la doctrina mercantilista, que la regla subsidiaria de presunción de gratuidad del cargo de administrador establecida en la legislación mercantil no es la más acertada bajo ningún concepto, al menos cuando se trata de consejeros ejecutivos.

⁴⁷ AEDAF: *Propuesta de modificación del Artículo 16 TRLIS. Hacia la simplificación, flexibilización y adecuación del régimen al contexto internacional y económico*. Papers AEDAF, n.º 5, julio 2011, pág. 15.

ro ejecutivo que la percibe. La sujeción a tributación por el IRPF como rendimiento del trabajo de retribuciones que, no cumplidos los requisitos mercantiles para su percepción, pueden ser consideradas contrarias a Derecho, no ha suscitado el menor reparo ni objeción en nuestra práctica jurídica.

Esto, que nos parece muy correcto, es la posición consistente con lo dispuesto en el artículo 13 de la LGT (en cuanto exige que la imposición se lleve a cabo prescindiendo de los vicios que pudieran afectar a la validez de los negocios o actos jurídicos realizados) y con el mandato del artículo 31 de la Constitución (en cuanto exige que *todos* –no solo los cumplidores con la ley– contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos)⁴⁸. Y ambos preceptos (arts. 13 de la LGT y 31 de la CE) exigen igualmente, en el otro lado de la moneda, que el pagador de esa renta que está siendo sometida a imposición pueda deducirla de la base imponible de su Impuesto sobre Sociedades.

Mientras a un consejero ejecutivo no se le exija la restitución de las remuneraciones percibidas sin adecuada cobertura estatutaria, deberá pagar impuestos por ellas con independencia del juicio que proceda sobre la adecuación a Derecho de esa retribución.

3.2.3. *La influencia de la cuestión en el tratamiento en el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la empresa familiar*

El artículo 4.Octavo de la LIP⁴⁹ dispone la exención, cumplida una serie de requisitos, de las participaciones sociales o acciones en determinadas sociedades familiares. Entre esos requisitos se incluye el de que el sujeto pasivo ejerza funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal.

Tras las sentencias del caso Mahou, se consultó a la DGT sobre el alcance que la doctrina sentada en aquellas sentencias podía tener en la interpretación del referido precepto. La DGT en respuesta a Consulta vinculante n.º V1848/2009 (NFC034887) afirmó que, si bien el ejercicio de funciones de dirección puede llevarse a cabo desde una relación laboral⁵⁰ o desde una relación mercantil como consejero o administrador, cuando se trata de administradores, han de ser retribuidos en su condición de tales y no como personal de alta dirección, debiendo tener su remuneración adecuada cobertura estatutaria.

Esta última apreciación fue, sin embargo, matizada posteriormente en respuestas a Consultas números V1714/2009 (NFC034722) y V2372/2010 (NFC039772). En la primera se afirma que la norma se limita a exigir que las remuneraciones percibidas por el sujeto pasivo en el ejercicio efectivo de funciones directivas represente más del 50 por 100 del total de sus rendimientos empresariales, profesionales o del trabajo. Y ello con independencia del tipo de contrato que se utilice (laboral

⁴⁸ Como decía SOLER ROCH, M.T. («La tributación de las actividades ilícitas», *op. cit.*, pág. 10) «no es admisible la lectura de una norma como la contenida en el artículo 31.1 de nuestra Constitución en los siguientes términos: "*todos, pero solo los ciudadanos honrados*, contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos"».

⁴⁹ Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

⁵⁰ La DGT parece entender que esa relación laboral ha de ser de alta dirección. Como hemos visto, sin embargo, la literalidad del artículo 5.1 d) del Real Decreto 1704/1999 admite a los efectos de la exención, el ejercicio de funciones directivas en el marco de relaciones laborales que no reúnen los requisitos de la alta dirección. *Vid.* nota al pie n.º 12 anterior.

o mercantil), cuestión que se considera ajena para el disfrute de la exención en el impuesto patrimonial. En la segunda se afirma que, sin entrar en consideraciones sobre la conformidad con la legislación laboral de la compatibilidad entre el cargo de consejero y el de alto directivo, si existe ejercicio efectivo de funciones ejecutivas y se percibe una remuneración por dicho ejercicio, no debe haber objeción a la aplicación de la exención establecida en la LIP.

Sin embargo, al amparo de la doctrina sentada en el caso Mahou, algunas haciendas autonómicas (señaladamente la de Galicia) entendieron que las retribuciones de aquellos administradores que no cumplieran los requisitos mercantiles tal y como habían sido interpretados por el Tribunal Supremo, no podían ser tenidas en cuenta a efectos del cómputo. En este caso, como en los anteriores que venimos comentando, el problema interpretativo se cifra en la relevancia fiscal de la eventual contrariedad a Derecho de las retribuciones que permiten dar por cumplido el requisito establecido para la exención: como son contrarias a Derecho —se razona— ha de hacerse como si no existieran para el mundo jurídico ⁵¹.

No obstante, la posición que ha prevalecido en la doctrina administrativa es la consistente con el mandato del artículo 13 de la LGT. Así la respuesta de 7 de febrero de 2011 a la solicitud de aclaración de la Consellería de Facenda de Galicia afirma que «el criterio jurisprudencial de la sentencia de 2008 del Tribunal Supremo conforme al cual es mercantil el vínculo que liga a los administradores con la sociedad es cuestión de índole laboral que no afecta al precepto del impuesto patrimonial, siempre que concurren los requisitos materiales para el disfrute (...), es decir, el ejercicio de funciones directivas, su acreditación mediante contrato o nombramiento y la percepción, como consecuencia de su desempeño del nivel de retribuciones legalmente exigido».

4. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA DEL VÍNCULO EN LA INTERPRETACIÓN DE CONCEPTOS LABORALES UTILIZADOS POR CIERTAS NORMAS TRIBUTARIAS

Otro problema interpretativo que plantea la doctrina del vínculo es el del significado que ha de atribuirse a conceptos como «relación laboral», «empleados» o «trabajadores» cuando se utilizan por normas tributarias que pretenden ser aplicadas a consejeros ejecutivos.

Hemos afirmado previamente que esta cuestión enlaza con el problema de la interpretación que ha de hacerse de los conceptos incluidos en el presupuesto de hecho de las normas tributarias que proceden de otras ramas del ordenamiento jurídico. En el estado de la cuestión en nuestra dogmática (tras una fase inicial en la que se postuló la plena vinculación de los conceptos utilizados por las normas tributarias a su concepto civil y otra fase en la que se postuló la plena independencia), se entiende comúnmente:

- Que a los conceptos utilizados por las normas tributarias puede dársele un significado diferente al de la rama de procedencia siempre que la atribución de ese otro significado venga avalado desde una interpretación teleológica de las normas tributarias interpretadas.

⁵¹ Para mayores referencias, *vid.* GARCÍA NOVOA, C.: «Problemas de aplicación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en las Comunidades Autónomas...», *op. cit.* y GÓMEZ TABOADA, F.J.: «La larga y ácida resaca del caso "Mahou"», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 35.

- Que, existe, no obstante, una presunción *iuris tantum* a favor de la interpretación coincidente en las diferentes parcelas del ordenamiento que tiene su razón de ser en la seguridad jurídica ⁵².

Pues bien, con estas premisas nos proponemos ahora determinar cuál es la interpretación que cabe dar a las normas tributarias que en su presupuesto aplicativo incluyen la referencia a la pertenencia a órganos de administración, o a la existencia de una relación laboral, o a la condición de trabajador o empleado, cuando se trata de aplicarlas a consejeros ejecutivos. Para ello revisaremos, en primer lugar, el significado que ha de atribuirse a esos conceptos utilizados en las normas tributarias según la semántica de nuestro lenguaje compartido y teniendo en cuenta, a estos efectos y cuando corresponda, las conclusiones de la doctrina del vínculo. En segundo lugar, dilucidaremos si existe una finalidad de la norma que permita apartarnos o matizar esa primera aproximación literal al precepto. Por último, haremos una revisión crítica de la aplicación que la doctrina administrativa o la jurisprudencia haya realizado de esas normas a los consejeros ejecutivos.

4.1. Normas que hacen referencia a la condición de administradores o consejeros

El artículo 80.1.3.º del RIRPF establece un tipo de retención fijo del 35 por 100 ⁵³ para «las retribuciones que se perciban *por la condición de administradores y miembros de los Consejos de administración*». Según las conclusiones de la doctrina del vínculo, las remuneraciones pagadas a un consejero ejecutivo solo pueden ser percibidas por su condición de administrador y miembro del consejo de administración, pues no hay relación de otra naturaleza (ni mercantil ni laboral) que ampare esa retribución. Quiere esto decir que el tipo de retención que resulta de aplicación a las remuneraciones pagadas a consejeros ejecutivos debe ser, en todo caso, el fijo establecido en el precepto reglamentario mencionado.

El resultado que arroja esta interpretación puede no alinearse con los principios de justicia tributaria que deben regir nuestra disciplina: si la labor que realizan los consejeros ejecutivos es la misma que puede desempeñar un alto directivo que no forme parte del consejo, no se entiende muy bien, desde un punto de vista de justicia tributaria, por qué el cálculo de la retención aplicable a las retribuciones que unos y otros perciben ha de ser diferente ⁵⁴. Pero esto son consideraciones de *lege ferenda*, no de

⁵² Sobre esta cuestión, puede consultarse COMBARROS VILLANUEVA, V.E.: «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (Algunas reflexiones a propósito del concepto de propiedad económica en el Impuesto sobre el Patrimonio)», *REDFC*, n.º 44 (1984), pág. 497; DELGADO PACHECO, A.: *Las normas antielusión en la jurisprudencia tributaria española*, Pamplona: Aranzadi, 2004, pág. 23; BÁEZ MORENO, A.: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*, Pamplona: Aranzadi, 2009, pág. 118; GODOI, M.S.: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005, pág. 114; RUIZ ALMENDRAL, V.: *El fraude de la Ley Tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Pamplona: Aranzadi, 2006, págs. 34-36; ZIMMER, F.: «General Report IFA 2002 Oslo Congress», en *Form and substance in tax law, Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXXVIIa, 2002, págs. 25-28.

⁵³ El Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público lo eleva al 42 por 100 para los ejercicios 2012 y 2013.

⁵⁴ Admitida la diferencia de tratamiento, ha de apuntarse que no siempre resulta ventajosa para el consejero ejecutivo. Y no solo cuando el tipo de retención calculado por aplicación de las tablas es inferior al tipo fijo establecido para los miembros del consejo de administración. Por ejemplo, en el caso de que el consejero ejecutivo perciba rendimientos del trabajo con un

lege lata. Y *lege lata*, nos parece evidente que, si la aplicación de las normas tributarias ha de hacerse (según dispone también el art. 13 de la LGT) atendiendo a la naturaleza verdadera de los negocios o actos celebrados, y no a las denominaciones que le hayan dado las partes, admitida la validez de la doctrina del vínculo, la retribución de los consejeros ejecutivos remunera su condición de miembro del consejo de administración –pues no existe otra relación que pueda ser objeto de remuneración–, con lo que debe resultarles de aplicación el tipo fijo. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 20/2011, de 13 de enero de 2011 (NFJ042853) se escuda en la claridad del precepto reglamentario para defender el carácter insoslayable de su aplicación a un caso en el que, de haberse aplicado las tablas, habría resultado en un tipo de retención muy inferior. Y afirma que «no cabe que por consideraciones extrajurídicas se practique una retención diferente a la prevista en la normativa de aplicación» y que «no negándose que las retribuciones en cuestión se percibieron por la condición de administradora, no cabe otra retención que la establecida legalmente» ya que ello es «una consecuencia ineludible de la forma societaria libremente escogida y de la propia generalidad de la normativa»⁵⁵.

En la práctica, este es el criterio que ha prevalecido, al menos en los casos en los que el intérprete repara en las consecuencias que la doctrina del vínculo tiene en la interpretación del precepto. Así, la DGT en respuestas a Consultas números 598/2000 (NFC011134) y 838/2001 (NFC012702) afirma que «el cargo de "consejero delegado" es ajeno a la definición de personal de alta dirección regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por lo que la percepción de cantidades por el desempeño de dicho cargo solo pueden calificarse como procedentes del trabajo personal en la condición de miembro del Consejo de Administración» y que, por tanto, la remuneración percibida debe quedar sujeta al tipo fijo establecido en el Reglamento del IRPF para las cantidades pagadas a los miembros de los consejos de administración.

Este criterio parece verse matizado en la contestación posterior a Consulta n.º 786/2004 (NFC019085) donde se afirma, para un caso de administrador único de una sociedad limitada, que «las retribuciones que se perciban por la condición de administrador están sujetas al tipo de retención del 35 por 100» mientras que «las retribuciones que se perciban por las funciones de tipo laboral, gerencial, etc., estarán sujetas al tipo de retención que resulte de aplicar el procedimiento general de cálculo previsto en el Reglamento del Impuesto». Como hemos visto, no obstante, la doctrina del vínculo vendría a negar el punto de partida del razonamiento seguido en esta consulta si se trata de aplicar a consejeros ejecutivos que no desarrollan más funciones que las propias de la alta dirección: que existan dos relaciones diferentes que puedan ser objeto de remuneración independiente cuando ambas presentan exactamente el mismo contenido funcional. De este defecto adolece, en nuestra opinión, la Sentencia 30/2004, de 12 de enero de 2004, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (NFJ017663) que admite la dualidad de sistemas de determinación del tipo de retención para el consejero de una sociedad que es, a su vez, gerente de la misma. Señala así esta sentencia que «a las retribuciones percibidas como gerente, se les aplicará el tipo correspondiente según tablas, y no el previsto para los miembros del Consejo de Administración».

periodo de generación superior a dos años y cuya obtención no sea periódica o recurrente, los efectos favorables de la reducción del 40 por 100 que establece el artículo 18.2 de la LIRPF para este tipo de rendimientos no se aprecian a la hora de calcular la retención cuando se aplica el tipo fijo, sino que solo se manifestarán al presentar la autoliquidación. En este sentido, la contestación a Consulta n.º 2298/2003 (NFC019513) explica como la retención a aplicar sobre rendimientos irregulares percibidos por miembros de un consejo de administración es del 35 por 100 sobre el importe íntegro, sin tener en cuenta reducción alguna.

⁵⁵ En igual sentido, STSJ Islas Baleares de 28 de noviembre de 2008 –NFJ032448–.

Más acertada en su fundamentación técnica parece por ello la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2004 (NFJ018450) cuando señala que si se han abonado algunas gratificaciones a ciertos miembros del Consejo de Administración, «estas no pueden calificarse sino como retribuciones a administradores puesto que al no tener un fundamento en ninguna relación laboral previa, no pueden más que considerarse como retribuciones o percepciones que estos reciben por su mera condición de directivos (*sic; rectius*: administradores) de la empresa aun cuando estas no sean de carácter obligatorio y en consecuencia dichas cantidades deben equiparse en cuanto a los tipos de retención a los mismos tipos que se establecen para las retribuciones a los Administradores».

4.2. Normas que hacen referencia a la existencia de una relación o contrato laboral

Otras normas tributarias hacen referencia a la existencia de una relación o de un contrato laboral. En principio, con las conclusiones extraídas de la doctrina del vínculo, las consecuencias jurídicas establecidas en estas normas no pueden ser de aplicación a los consejeros ejecutivos. Y decimos «en principio» porque puede plantearse si cabría extender analógicamente la solución normativa de estas normas al caso de los consejeros ejecutivos no previsto expresamente en su presupuesto aplicativo. A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa siempre que el artículo 14 de la LGT no prohíba el recurso a la analogía en la aplicación de estas normas y la *ratio legis* de estas así lo exija.

Una de las normas que hacen referencia a la existencia de una relación laboral es el artículo 11.1 f) del RIRPF ⁵⁶ que, a efectos de la aplicación de la reducción del 40 por 100 establecida en el artículo 18.2 de la LIRPF ⁵⁷, califica como notoriamente irregulares las cantidades satisfechas por la «resolución de mutuo acuerdo de la *relación laboral*». En nuestra opinión, las conclusiones de la doctrina del vínculo impiden que esta norma pueda aplicarse a la indemnización que se pague a un consejero delegado por la extinción de la relación que le une con la compañía y así lo ha entendido también la DGT en respuesta a Consulta n.º V0231/2009 (NFC031954).

Cabe plantearse no obstante si la interpretación teleológica o analógica de la norma permitiría extender su aplicación a las indemnizaciones pagadas por el cese de la relación que une al consejero ejecutivo con la sociedad. En nuestra opinión, la respuesta en este caso debe ser negativa por varias razones. En primer lugar, porque la finalidad del artículo 11 del RIRPF al calificar como notoriamente irregular cierto tipo de indemnizaciones por extinción de una relación de prestación de servicios que da lugar a rendimientos del trabajo es difícil de discernir, con lo que, dada la literalidad de la norma, no cabe concluir que la norma pretenda dar un trato equivalente a todas las indemnizaciones por extinción de relaciones de prestación de servicios, cualquiera que sea su naturaleza. En segundo lugar, porque al ser una norma que establece una reducción en la renta a efectos de su integración en la base imponible podría considerarse como una norma de beneficio fiscal cuya aplicación analógica estaría vedada ex artículo 14 de la LGT. Y en tercer lugar, porque la propia construcción de la norma, que establece una relación exhaustiva y tasada de supuestos en los que la renta obteni-

⁵⁶ Reglamento del IRPF, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

⁵⁷ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

da se considera notoriamente irregular, parece impedir su aplicación analógica a supuestos no previstos en esa relación.

Distinto es el caso, en cambio y en nuestra opinión, del artículo 27.2 de la LIRPF que exige que el arrendamiento de inmuebles se ordene utilizando «al menos, una persona empleada *con contrato laboral* y a jornada completa» para su consideración como actividad económica. La interpretación más reciente de este precepto, tanto en la doctrina administrativa como en los tribunales, se alinea con las conclusiones de la doctrina del vínculo. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 30 de diciembre de 2010 (NFJ043094) afirma que no se ha probado el requisito de persona empleada pues el considerado como tal es el administrador solidario y la respuesta a Consulta n.º V1343/2009 (NFC033684) concluye que solo se entiende cumplido el requisito si el contrato es calificado como laboral por la normativa laboral vigente, lo que, como hemos visto, no sucedería cuando se aplica la doctrina del vínculo.

Sin embargo, en contestaciones a consultas más antiguas ⁵⁸, la DGT había venido ignorando los efectos de la doctrina del vínculo en la interpretación de esta norma para entender que el requisito se cumplía si el administrador tenía un contrato laboral y a jornada completa y percibía su remuneración por la prestación de servicios propios de su objeto social y, por tanto, distintos a los derivados de su mera pertenencia al órgano de administración.

En nuestra opinión, para la correcta intelección de esta norma hay que tener en cuenta que la finalidad del artículo 27.2 de la LIRPF es la de definir aquellos requisitos que son *suficientes* para que la actividad de arrendamiento pueda considerarse actividad económica. No debe interpretarse, por ello, como si estableciera los requisitos *necesarios* para que cualquier arrendamiento de inmuebles pueda considerarse empresarial. Quiere esto decir que si, por ejemplo, una persona llevara a cabo una actividad de arrendamiento de inmuebles con 5 personas contratadas con contrato laboral a tiempo parcial, probablemente debería concluirse que cumple las condiciones genéricas de organización por cuenta propia de medios materiales y personales para intervenir en la producción y distribución de bienes y servicios que constituyen las notas características de la actividad económica. No vemos por qué un razonamiento similar no puede hacerse cuando la ordenación de medios se hace a través de una persona con dedicación completa y que no se encuentre ligada con el empresario por lazos familiares que puedan cuestionar la ajenidad de la prestación de servicios, aunque por los efectos de la doctrina del vínculo haya que concluir que esa relación no presenta carácter laboral. En este sentido, y a diferencia de la norma del artículo 11.1 f) del RIRPF, no existe en nuestra opinión ningún obstáculo para realizar una aplicación analógica del precepto a los casos de consejeros ejecutivos. Sin embargo, hemos de reconocer que no es esta la posición que parece haber prevalecido en la interpretación de la norma.

4.3. Normas que hacen referencia al término «trabajador» o «trabajo»

Si en los casos anteriores la interpretación de la norma se veía necesariamente condicionada por las conclusiones que se derivan de la doctrina del vínculo, resulta más discutible, en nuestra

⁵⁸ Por ejemplo las números V1364/2006 (NFC023341), V1619/2005 (NFC021173), 1022/2004 (NFC035027) o 2535/2003 (NFC035418).

opinión, la exclusión por vía interpretativa de los consejeros ejecutivos del ámbito de aplicación de normas que utilizan el término «trabajador» o «trabajo» en su presupuesto de hecho. La RAE define el término trabajador como «que trabaja»⁵⁹ y trabajar en su primera acepción como «ocuparse en cualquier actividad física o intelectual»; en su segunda, «tener una ocupación remunerada en una empresa, una institución, etc.»; y en su tercera, «ejercer determinada profesión u oficio»⁶⁰. Para interpretar estos conceptos no hay ninguna necesidad de acudir a las conclusiones de la doctrina del vínculo: tan *trabajadores* son los altos directivos de una empresa, como sus consejeros ejecutivos.

Sin embargo, encontramos con frecuencia que las conclusiones de la doctrina del vínculo se están infiltrando también en la interpretación de estas normas. Y de forma desacertada, en nuestra modesta opinión.

Así, por ejemplo, la DGT en Consulta n.º 189/2005 (NFC020938) ha entendido que la exención establecida en el artículo 42.2 a) de la LIRPF para la entrega de acciones o participaciones en la propia empresa a «trabajadores en activo» no resulta de aplicación «a los beneficiarios que mantengan una relación mercantil, no laboral, con la empresa concedente», en clara referencia a los administradores y consejeros que resultaban beneficiarios del plan de acciones.

Igual interpretación restrictiva del término «trabajador» encontramos en la respuesta a Consulta n.º V0916/2008 (NFC029548) sobre la posibilidad de aplicar a los administradores sociales el artículo 42.2 e) de la LIRPF, cuando excluye de la consideración de rendimientos del trabajo en especie «las primas o cuotas satisfechas por la empresa en virtud de contrato de seguro de accidente laboral o de responsabilidad civil del *trabajador*». Por todo razonamiento el Centro directivo se limita a reproducir el texto transcrito y a afirmar, a renglón seguido, que «en consecuencia, la aplicación de la anterior exención exige la existencia de una relación laboral entre el tomador del seguro y los asegurados». Pero como ya hemos apuntado, la exigencia a la que alude el Centro directivo no se deduce ni mucho menos del texto de la norma legal. La contestación a consulta n.º V0504/2007 (NFC024429) razona en igual sentido si bien admite la posibilidad de que, si los administradores desempeñan funciones dentro del marco de una relación laboral, las primas pagadas por el contrato de seguro de responsabilidad civil no constituyan rendimientos en especie. Como ya hemos señalado, esa posibilidad teórica no existiría en la práctica, según la doctrina del vínculo, cuando se trata de consejeros ejecutivos que desarrollan exclusivamente funciones propias de la alta dirección.

También se ha propuesto esta interpretación restrictiva en relación con la exención establecida en el artículo 7 p) de la LIRPF para los «rendimientos del trabajo» obtenidos en el extranjero. Y ello aunque las retribuciones a un consejero ejecutivo deben calificarse en todo caso como rendimiento del trabajo según lo previsto en el artículo 17.2 e) de la LIRPF, con lo que, cumplidos los restantes requisitos, debería ser una renta apta para la aplicación de la exención⁶¹, dado que la norma del artículo 7 p)

⁵⁹ DRAE (2001, s.v., trabajador, 1.ª acepción).

⁶⁰ DRAE (2001, s.v., trabajar).

⁶¹ En igual sentido, GARCÍA CARRETERO, B.: «La fiscalidad de los trabajadores desplazados en un entorno de globalización y deslocalización», *Monografías*, n.º 1, Madrid: AEF, 2006, pág. 114; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, S.: «Implicaciones fiscales relativas a los desplazamientos internacionales de los trabajadores», en VV.AA. [SERRANO ANTÓN (dir.)]: *Fiscalidad Internacional*, Madrid: CEF, 2005, pág. 813. Con matices, también se aprecia ese espíritu crítico con la posición administrativa en CHICO DE LA CÁMARA, P. y RUIZ GARJO, M.: «Análisis crítico de la exención del art. 7 p) de la LIRPF

de la LIRPF no exige que se trate de rentas que deriven de una relación laboral ni da pie de ningún modo a que las conclusiones de la doctrina del vínculo restrinjan su ámbito de aplicación.

La DGT, sin embargo, ha limitado las rentas aptas para aplicar la exención establecida en esta norma a los rendimientos de trabajo incluidos en el apartado 1 del artículo 17 y a las retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter especial referidas en el apartado 2 del mismo artículo ⁶². Para la DGT, a los rendimientos del trabajo derivados de la condición de administrador no les resulta de aplicación la exención establecida en el artículo 7 p) de la LIRPF por no tratarse de «un trabajador por cuenta ajena que se desplaza al extranjero, por cuenta y bajo la dirección de su empresa en ejecución de un contrato celebrado entre su empresa y la destinataria de sus servicios, sino de un desplazamiento realizado por quien no tiene con su empresa una relación de la que quepan predicar los requisitos de dependencia y alteridad que configuran las relaciones laborales por cuenta ajena» ⁶³.

Como hemos apuntado ya, no es pacífica la afirmación de que en la relación de un consejero ejecutivo queden automáticamente excluidas, pese a su carácter indudablemente mercantil, las notas de ajenidad o alteridad ⁶⁴. Pero, sobre todo, el criterio administrativo no nos parece acertado porque no parece coherente con la finalidad de la norma (promover la internacionalización de la empresa española) excluir de su ámbito de aplicación una renta que, además de ser calificada a efectos fiscales como rendimiento del trabajo, resulta que es percibida por aquellas personas cuyo desplazamiento al extranjero sería, por la posición jerárquica que ocupan en la empresa, el signo más evidente de que esa internacionalización pretendida por el legislador es real y efectiva ⁶⁵.

4.4. Normas que hacen referencia al término «empleado» o «empleo»

En nuestra opinión, la misma conclusión a la que llegábamos respecto de las normas que utilizaban los términos trabajador o trabajo puede postularse para la interpretación de las que utilizan los conceptos «empleado», «empleo» o «personal». Como, por ejemplo, el artículo 42.2 de la LIRPF cuando excluye la existencia de rendimiento del trabajo en especie en «las cantidades destinadas a la actualización, capacitación o reciclaje del *personal empleado*, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo» (letra b); «las entregas a *empleados* de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas o comedores de empresa o economatos de carácter social» (letra c); «la utilización de los bienes destinados a los servicios sociales y culturales del *personal empleado*» (letra d); «la prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos

35/2006, de 28 de noviembre, por rendimientos obtenidos como consecuencia de trabajos efectivamente realizados en el extranjero», *Crónica Tributaria*, n.º 126/2008, págs. 103-105 y nota al pie 38.

⁶² Contestación a Consulta n.º V1944/2005 (NFC021274).

⁶³ Contestaciones a Consultas números 1087/2003 (NFC026188) y V1944/2005 (NFC021274).

⁶⁴ *Id.*, epígrafe 2.3 anterior.

⁶⁵ Discrepamos con ello también de la opinión de los profesores P. ÁLVAREZ BARBEITO y J.M. CALDERÓN CARRERO: (*La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*, La Coruña: Netbiblo, 2010, pág. 124) cuando afirman que desde una interpretación finalista de la exención, la posición de la DGT —cuando limita los rendimientos de trabajo que pueden acogerse a la exención a los del art. 17.1 y a los derivados de relaciones laborales de carácter especial— parece la más correcta.

autorizados, a los hijos de sus *empleados*, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado» (letra g); o «las cantidades satisfechas a las entidades encargadas de prestar el servicio público de transporte colectivo de viajeros con la finalidad de favorecer el desplazamiento de los *empleados* entre su lugar de residencia y el centro de trabajo» (letra h).

En este sentido, la RAE define «empleado», en su primera acepción, como «persona que desempeña un destino o empleo» y «empleo», en su primera acepción, como «acción y efecto de emplear» y en su segunda como «ocupación, oficio». Nada hay, por tanto, en el significado que nuestro lenguaje común atribuye a estos términos que obligue a aplicar las conclusiones de la doctrina del vínculo para determinar su ámbito de aplicación en la interpretación de las normas que los utilizan ni a circunscribir el uso del término a personas que desempeñan una ocupación u oficio en el marco de una relación regulada por el Derecho laboral. Tampoco en las que utilizan la expresión «personal» pues este término es definido por la RAE, en su tercera acepción, como «conjunto de las personas que trabajan en un mismo organismo, dependencia, fábrica, taller, etc.».

A priori, por tanto, no hay razón por la que el ámbito de aplicación de estas normas deba entenderse necesariamente circunscrito a empleados con contrato laboral. Y ello sin perjuicio de que en la interpretación concreta de cada una de estas normas pudiera concluirse, por aplicación de los criterios recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, que su *ratio legis* aboga por una interpretación restrictiva de los términos que utiliza para excluir de su presupuesto de hecho a aquellas personas que son empleadas por la empresa mediante un contrato o relación que no reviste naturaleza laboral. En este sentido y en nuestra opinión, son factores que podrían abogar por esa interpretación restrictiva el hecho de que en su uso ordinario en el lenguaje cotidiano esos términos normalmente, si bien no denotan, sí connotan la existencia de un vínculo laboral, así como que algunos antecedentes normativos de las normas que los utilizan ⁶⁶ no los incluyeran expresamente en su presupuesto de hecho, lo que podría ser indicativo de que el legislador ha querido matizar el alcance de la norma con la inclusión de estos términos. Ahora bien, lo que no parece acertado es aplicar esa conclusión de forma automática y apriorística, ni tampoco entender sin mayor análisis y justificación que esa interpretación restrictiva sea la que pretendiera el legislador al promulgar la norma.

5. LA SUJECCIÓN AL IVA DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR LOS CONSEJEROS EJECUTIVOS

Como hemos ya señalado, la práctica de la mayor parte de nuestras empresas, ajustada a Derecho o no, es regular en detalle el paquete de sus consejeros ejecutivos en contratos *ad hoc* firmados con ellos. Mientras la doctrina del vínculo no había alcanzado el grado de consolidación jurisprudencial que tiene hoy en día, esos contratos se calificaban, sin mayor problema, como contratos laborales de alta dirección, en lo que DESDENTADO BONETE ha calificado de «huida hacia el Derecho del Trabajo» del estatuto de los administradores sociales ⁶⁷. Tras la consolidación jurisprudencial de la doctrina del vínculo, sin embargo, esos contratos se han configurado como contratos de prestación de servicios de naturaleza mercantil en lo que el autor citado describe como «la aparición de otra

⁶⁶ *Vid.*, en este sentido, artículo 28 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas.

⁶⁷ DESDENTADO BONETE, A.: «Prólogo», *op. cit.*, págs. 18-19.

huida, la *huida hacia el arrendamiento de servicios*»⁶⁸. Ya hemos apuntado que la doctrina mercantilista entiende que ese cambio de la naturaleza del contrato no basta para que puedan quedar al margen de lo establecido en los estatutos sociales sobre retribución de administradores. Pero más allá de las implicaciones fiscales de la eventual falta de conformidad a Derecho de estos contratos⁶⁹, se plantea también si esa prestación de servicios debe o no quedar sujeta a IVA.

Como es evidente esta cuestión no se suscitó mientras se pensaba que era posible compatibilizar una relación laboral de alta dirección con la de consejero ejecutivo, ya que el artículo 7.5.º de la LIVA⁷⁰ establece expresamente la no sujeción de «los servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia derivado de relaciones administrativas o laborales, incluidas en estas últimas las de carácter especial». Pero consolidada la doctrina del vínculo, y afirmada la imposibilidad de compatibilizar ambas relaciones, el problema vuelve a cobrar relevancia, sobre todo si se interpreta que el artículo 7.5.º de la LIVA establece un supuesto de no sujeción *strictu sensu*, que vendría a excluir del hecho imponible prestaciones de servicios que, de no existir el precepto, deberían entenderse incluidas en el mismo. Está claro que, aceptando las conclusiones de la doctrina del vínculo e interpretado el precepto de ese modo, los servicios prestados por los consejeros ejecutivos a la sociedad podrían quedar incluidos dentro del hecho imponible, en la medida en que la prestación de servicios del consejero ejecutivo a la sociedad no deriva de una relación ni funcional ni laboral⁷¹.

En nuestra opinión, sin embargo, el precepto examinado no establece un supuesto de no sujeción *strictu sensu*, sino puramente aclaratorio. Las prestaciones de servicios derivadas de una relación laboral o funcional no están sujetas a IVA, no porque el artículo 7.5.º de la LIVA exista, sino porque no son realizadas por personas que reúnan las condiciones para poder ser consideradas como empresarios o profesionales a efectos del impuesto. En este sentido, parece evidente que el concepto de empresario o profesional a efectos de IVA exige, siempre y en todo caso, una actuación por cuenta propia: una ordenación por cuenta propia de medios materiales y personales que se traduce en asunción de riesgo empresarial o profesional y que excluye necesariamente las notas de ajenidad y dependencia presentes en las relaciones laborales o funcionariales.

Como hemos tenido ocasión de analizar, esa actuación por cuenta propia no existe en el caso de los consejeros ejecutivos, cuya relación también se puede caracterizar por las notas de dependencia y ajenidad⁷², y por ello, en nuestra opinión, los servicios que estos prestan no pueden entenderse sujetos al impuesto.

En esta línea, la DGT en su primera aproximación al problema de la sujeción al impuesto de los servicios prestados por miembros del consejo de administración de una sociedad⁷³, entendió que la actuación de los consejeros, fueran personas físicas o jurídicas, no debía quedar sujeta a IVA por no

⁶⁸ DESDENTADO BONETE, A.: «Prólogo», *op. cit.*, pág. 19. Cursivas en el original.

⁶⁹ Ya analizada en el epígrafe 3.2 anterior.

⁷⁰ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

⁷¹ Esta es la conclusión de GARCÍA NOVOA, C.: «La deducibilidad de las retribuciones...», *op. cit.*, y esta es también la práctica seguida por muchas empresas.

⁷² *Vid.*, epígrafe 2.3 anterior.

⁷³ Así, en respuesta a Consulta de 28 de febrero de 1995 (NFC002341) con criterio después reiterado en contestaciones a Consultas números 872/1997 (NFC006530) y 923/1997 (NFC044622).

poder entenderse realizada en el marco de la actividad empresarial. Es cierto que esta primera aproximación fue posteriormente matizada en la contestación a Consulta n.º 719/1998 (NFC043404), en criterio que después se ha ido reiterando a lo largo del tiempo⁷⁴. Pero, a nuestro entender, la matización afecta solo a las sociedades mercantiles ya que, según reza la referida contestación, el cambio de criterio obedece a que la Comisión Europea informó a nuestro centro directivo de que era práctica común en los Estados miembros de la Unión Europea que las sociedades que formaban parte del consejo de administración de otra sociedad facturasen IVA por sus servicios. Ello llevó a la DGT a concluir que «cuando una sociedad mercantil actúa como miembro del consejo de administración de otra sociedad distinta, dicha actuación debe calificarse como prestación de servicios sujeta y no exenta del IVA». Y es que las sociedades mercantiles se presumen, en principio, sujetos pasivos del impuesto a todos los efectos, por lo que cualquier prestación de servicios que realicen, incluidas las realizadas como consejeros de una sociedad, cae dentro, por lo general, del hecho imponible del impuesto.

No es este el caso, en cambio, de los consejeros personas físicas que, como regla general y en nuestra opinión, no deben considerarse empresarios o profesionales a efectos del IVA por la sencilla razón de que no desempeñan una actividad por cuenta propia. Sobre todo, contrariamente a lo que podría pensarse, si se trata de consejeros ejecutivos ya que estos, a diferencia de los consejeros externos u ordinarios, se encuentran vinculados con la sociedad de la que son consejeros por una relación de la que, por presentar el mismo contenido que una relación laboral de alta dirección, podrían predicarse las notas de ajenidad y dependencia⁷⁵.

En cualquier caso, si los servicios se entendieran sujetos a IVA, lo que no podría cuestionarse es la deducibilidad de las cuotas repercutidas por el consejero ejecutivo en el caso de que la retribución pactada no gozara de adecuada cobertura estatutaria. En este sentido, pensamos que en esta cuestión se aplica todo lo ya señalado en el epígrafe 3.2 anterior y que su deducibilidad no puede ser negada al amparo del artículo 94.Tres de la LIVA, que está pensado, a nuestro juicio, para limitar la deducción de cuotas que no se han repercutido según las disposiciones establecidas en la propia ley del IVA pero no para la negar la deducción de gastos ilícitos⁷⁶.

⁷⁴ *Vid.*, contestaciones a Consultas números 721/1998 (NFC043405), 722/1998 (NFC043406), 723/1998 (NFC044634), 1039/1998 (NFC007583), 865/2000 (NFC012233), 215/2003 (NFC025818), 1862/2003 (NFC026905), 2165/2003 (NFC018801) o V0008/2007 (NFC025250).

⁷⁵ *Vid.*, epígrafe 2.3 anterior. Hasta donde conocemos, no hay criterio administrativo claro sobre la condición empresarial de consejeros personas físicas (sean ordinarios o ejecutivos). En este sentido, entendemos que no es concluyente la Consulta n.º V1428/2005 (NFC021407). En este caso, el consultante era una persona física que había percibido «hasta la fecha» un «sueldo» por el trabajo desarrollado en la entidad mercantil de la que era administrador y socio e indicaba que «próximamente» iba a prestar servicios de asesoramiento al cliente principal de dicha mercantil, suscribiendo simultáneamente con esta última un arrendamiento de servicios. Entendía la DGT en su contestación que esa situación que tendría lugar en el futuro determinaría la adquisición por el consultante de la condición de empresario o profesional, lo que quiere decir que antes no la había adquirido; esto es, que recibir «un sueldo» por el trabajo en la sociedad de la que es administrador no queda sujeto a IVA. Decimos que no nos parece concluyente esta consulta porque, a nuestro juicio, no aclara si la situación futura a la que se refiere (la que determina la adquisición de la condición de profesional) es a la de prestar asesoramiento al cliente principal o a la de suscribir un contrato de arrendamiento de servicios con la sociedad de la que es administrador y socio y porque no sabemos si la razón por la que se niega la condición de empresario o profesional en la situación que se había venido manteniendo hasta la fecha es por la eventual existencia *formal* (ya que la doctrina del vínculo negaría su existencia en la realidad) de un contrato de trabajo (del que se recibe el sueldo) o porque, en línea con la tesis que venimos manteniendo, se entiende que la condición de consejero no implica necesariamente la condición de sujeto pasivo del IVA.

⁷⁶ No es esta, sin embargo, la opinión mantenida por el TEAC en Resolución de 9 de junio de 2009 –NFJ035462–. Recordemos que el artículo 94.Tres de la LIVA excluye la deducción de las cuotas en cuantía superior a la que legalmente

6. CONCLUSIONES

1. La doctrina del vínculo, que goza de amplio consenso y aceptación en la jurisprudencia de las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo, establece la imposibilidad de compatibilizar una relación laboral de alta dirección con la relación de administrador por cuanto –al presentar ambas un idéntico contenido funcional– resulta imposible deslindar una de otra en la práctica. Esta doctrina concluye que la naturaleza del vínculo que une al administrador con la sociedad es, en todo caso, de naturaleza mercantil. El caso paradigmático de aplicación de esta doctrina es el de aquellos miembros del consejo de administración de una sociedad a quienes se delega el ejercicio de funciones ejecutivas para la gestión ordinaria de la sociedad; esto es, el de los consejeros ejecutivos.
2. La naturaleza exclusivamente mercantil del vínculo existente entre los consejeros ejecutivos y la sociedad lleva a afirmar que las retribuciones pagadas a estos deben quedar en todo caso cubiertas por la reserva estatutaria establecida en la legislación mercantil para la remuneración de los administradores y a negar, por tanto, la conformidad a Derecho de las retribuciones que no cumplen ese requisito. En el ámbito tributario, no obstante, el artículo 13 de la LGT obliga a someter a tributación los actos o negocios realizados por los obligados tributarios «prescindiendo de los vicios de validez de que pudieran adolecer». Ello lleva a concluir que la eventual contrariedad a Derecho de las retribuciones pagadas a consejeros ejecutivos que no gozan de adecuada cobertura estatutaria no debe tener implicaciones fiscales y que, por tanto, las retribuciones deben ser sometidas a imposición y desplegar todos los efectos que las normas tributarias anuden a su existencia, como si fueran válidas. Y no solo en el Impuesto sobre Sociedades, sino también en otros tributos: IRPF, ISD e IVA, en su caso. Todo ello, sin perjuicio de que se reconozcan también efectos fiscales a los actos de restitución de la retribución que el ordenamiento jurídico haya establecido para reparar la contrariedad a Derecho, cuando y si tienen lugar.
3. Sin perjuicio de lo anterior, la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones pagadas a los consejeros ejecutivos debe regirse por las normas sobre operaciones entre partes vinculadas, lo que lleva a concluir en la deducibilidad en todo caso (exista o no cobertura estatutaria) de la remuneración de mercado.
4. El artículo 13 de la LGT obliga también a someter a imposición los actos o negocios jurídicos realizados por los obligados tributarios en función de su verdadera naturaleza, con independencia de la forma y denominaciones que le hubieran dado las partes. Atendiendo a las conclusiones de la doctrina del vínculo y, por tanto, a la naturaleza mercantil de la relación que une al consejero ejecutivo con la sociedad, pueden extraerse las siguientes reglas para la interpretación de las normas tributarias que en su presupuesto de hecho incluyen conceptos procedentes de otras ramas del ordenamiento tributario relacionados con esta cuestión:

corresponda ni antes de que se hubieren devengado con arreglo a Derecho. En nuestra opinión, el precepto responde a otra problemática diferente a la de la deducibilidad de las cuotas soportadas sobre gastos contrarios a Derecho y así se desprende de la jurisprudencia que había tratado la cuestión. *Vid.*, en este sentido, Sentencias del TSJ de Andalucía (sede en Sevilla) 532/2009 de 23 de abril de 2009 –NFJ035153–, de la Audiencia Nacional de 2 de febrero de 2004 –NFJ017161– y del TSJ de Murcia de 6 de mayo de 2001 –NFJ011165–).

- a. Las normas que hacen referencia a la condición de administradores o consejeros, o a la pertenencia a los órganos de administración (v. gr. art. 80.1.3.º del RIRPF), incluyen necesariamente en su ámbito de aplicación a los consejeros ejecutivos
 - b. Las normas que hacen referencia a la naturaleza laboral del contrato o de la relación de servicios [v. gr. arts. 11.1 f) del RIRPF y 27.2 de la LIRPF] excluyen de su ámbito de aplicación a los consejeros ejecutivos, sin perjuicio de que la norma pueda aplicarse a estos a través de un razonamiento analógico si así lo permite su *ratio legis* y siempre que no se infrinja con ello la prohibición del artículo 14 de la LGT.
 - c. Las normas que hacen referencia a conceptos como «trabajador», «empleado», «personal», «trabajo» o «empleo», incluyen en principio en su ámbito de aplicación a los consejeros ejecutivos, sin perjuicio de que puedan quedar excluidos mediante una interpretación restrictiva de la norma con los criterios establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil.
5. El carácter mercantil del vínculo que une a los consejeros ejecutivos con la sociedad no es óbice para que se pueda predicar de ese vínculo las notas de ajenidad y dependencia, dado que estas notas por sí solas no determinan la laboralidad de la relación: son condiciones necesarias para la existencia de una relación laboral, pero no son condiciones suficientes que permitan por sí solas afirmar su existencia ni son exclusivas, por tanto, de las relaciones de tal naturaleza. Por esta razón, entendemos que los servicios prestados por los consejeros ejecutivos no deben quedar en ningún caso sujetos a imposición por el IVA, dado que en la prestación de servicios por los consejeros ejecutivos no existe una actuación por cuenta propia que suponga la adquisición por estos de la condición de empresario o profesional a efectos de este impuesto.
6. Las numerosas incertidumbres que la doctrina del vínculo origina en la aplicación de ciertas normas tributarias a los consejeros ejecutivos podrían quedar despejadas si se estableciera legalmente y a efectos exclusivamente tributarios la equiparación entre los consejeros ejecutivos y los altos directivos. La necesidad de regulación del estatuto de los consejeros ejecutivos no se plantea, por tanto, solo en el ámbito mercantil aunque, sin duda, la solución en este orden de las inconsistencias que surgen de la confrontación de la doctrina del vínculo con nuestra práctica empresarial cotidiana evitaría asimismo la grave inseguridad jurídica que el régimen tributario de estas personas presenta en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Bibliografía

AEDAF [2011]: *Propuesta de modificación del artículo 16 TRLIS. Hacia la simplificación, flexibilización y adecuación del régimen al contexto internacional y económico*. Papers AEDAF, n.º 5, julio.

ÁLVAREZ BARBEITO, P. y CALDERÓN CARRERO, J.M. [2010]: *La tributación en el IRPF de los trabajadores expatriados e impatriados*, La Coruña: Netbiblo.

- APARICIO PÉREZ, J. [1995]: «El tratamiento fiscal de actividades ilícitas y fondos de origen ilegal», *Crónica Tributaria*, n.º 76.
- BACIGALUPO, S. [2001]: «Delito fiscal y tributación de las ganancias ilícitamente obtenidas», *La Ley*, Tomo VI.
- BÁEZ MORENO, A. [2009]: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*, Pamplona: Aranzadi.
- CAAMAÑO ANIDO, M. [2011]: «La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y la retribución de los administradores», *Quincena Fiscal*, 8/2011.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. [1996]: «La tributación de los actos ilícitos: aplicabilidad de las soluciones adoptadas en el derecho italiano al caso español», *RCyT. CEF*, n.º 163.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. y RUIZ GARIJO, M. [2008]: «Análisis crítico de la exención del art. 7 p) de la LIRPF 35/2006, de 28 de noviembre, por rendimientos obtenidos como consecuencia de trabajos efectivamente realizados en el extranjero», *Crónica Tributaria*, n.º 126/2008.
- COMBARROS VILLANUEVA, V.E. [1984]: «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (Algunas reflexiones a propósito del concepto de propiedad económica en el Impuesto sobre el Patrimonio)», *REDFC*, n.º 44.
- DELGADO PACHECO, A. [2004]: *Las normas antielusión en la jurisprudencia tributaria española*, Pamplona: Aranzadi.
- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E. [2000]: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid: Lex Nova.
- DÍAZ-REGAÑÓN, C. [2002]: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 2001», *CCJC* 58.
- ESPINOSA DE LOS MONTEROS, S. [2005]: «Implicaciones fiscales relativas a los desplazamientos internacionales de los trabajadores», en VV.AA. [SERRANO ANTÓN (dir.)] *Fiscalidad Internacional*, Madrid: CEF.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1999]: «La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito: SAP 24 de enero de 1998», *Quincena Fiscal*, n.º 11.
- [2009]: «Nota a las SSTs 13 noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004: la posibilidad de que la junta general intervenga en la fijación de las retribuciones de los consejeros», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 4/2009.
 - [2009]: «Nota a las SSTs 13 noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 (RJ 2009, 59) y 3991/2004: compatibilidad de la condición de administrador con la de trabajador, provisión por depreciación de las participaciones en una sociedad transparente, e imputación del mayor gasto derivado de las actas», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 5/2009.
 - [2010]: «La abstracción tributaria de la causa y la presunción de validez de los actos o negocios gravados», *Quincena Fiscal*, n.º 8/2010.
 - [2011]: «La abstracción tributaria de la causa y sus consecuencias en la calificación de los negocios», en AA.VV.: VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario. La Asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los nuevos planes de estudio, *Instituto de Estudios Fiscales, Doc*, n.º 12/2011.
- FARRANDO MIGUEL, I. [2009]: «Comentario a las STS de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. La remuneración de los administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 32/2009.
- GARCÍA CARRETERO, B. [2006]: «La fiscalidad de los trabajadores desplazados en un entorno de globalización y deslocalización», *Monografías*, n.º 1, Madrid: AEAF.
- GARCÍA NOVOA, C. [2009]: «La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto sobre Sociedades», *Quincena Fiscal*, n.º 8/2009.

- [2011]: «Problemas de aplicación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en las Comunidades Autónomas. Especial referencia al caso de Galicia», *Revista Técnica Tributaria*, 94/2011.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. [2003]: «¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y de alto directivo laboral? La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2003», *Información laboral. Jurisprudencia*, n.º 3.
- GARCÍA ROSS, J.J. [1994]: «Las retribuciones de los administradores y socios que reúnen la condición de empleados en las sociedades anónimas y limitadas», *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 9/1994 (Westlaw).
- GARRIGUES, J. y URÍA, R. [1976]: *Comentario de la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.ª ed., Madrid: Aguirre.
- GODOI, M.S. [2005]: *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- GÓMEZ TABOADA, F.J. [2011]: «La larga y ácida resaca del caso "Mahou"», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 35.
- LIMÓN LUQUE, M.A. [2004]: *Administradores y directivos de las sociedades capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Navarra: Thomson Aranzadi.
- MAGRANER MORENO, F.J. [2012]: «Un "esperado" giro jurisprudencial en torno a la calificación de las retribuciones de los administradores como gasto en el Impuesto sobre Sociedades», *Tribuna Fiscal*, n.º 256.
- PAZ-ARES, C. [2008]: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 2.
- [2009]: «*Ad impossibilia nemo tenetur* [o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores]», *La Ley*, 10983/2009.
- PUEBLA AGRAMUNT, N. [2009]: «El gravamen de lo ilícito. Aplicación práctica de la solución propuesta a los distintos impuestos desde nuestro Derecho positivo», *RCyT. CEF*, n.º 310.
- RODRÍGUEZ OTERO, L.E. [2010]: «La retribución de los administradores de entidades mercantiles en el Impuesto sobre Sociedades», *Estrategia Financiera*, n.º 274.
- RONCERO SÁNCHEZ, A. [2009]: «Comentario a las SSTs de 13 de noviembre de 2008 sobre retribución de administradores. Grado de concreción del sistema retributivo de los administradores en los estatutos sociales de una sociedad anónima», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 32/2009.
- RUIZ ALMENDRAL, V. [2006]: *El fraude de la Ley Tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario*, Pamplona: Aranzadi.
- SÁNCHEZ GIMENO, S. [2002]: «Los contratos de alta dirección –civiles o laborales– celebrados con los administradores ejecutivos de sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, 245.
- SOLER ROCH, M.T. [1994]: «La tributación de las actividades ilícitas», *REDFC*, n.º 85.
- VELA TORRES, P.J. [2010]: «Criterios judiciales sobre retribución de administradores sociales», en AA.VV.: *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, Valencia: Tirant lo blanch.
- ZIMMER, F. [2002]: «General Report IFA 2002 Oslo Congress», en *Form and substance in tax law, Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXXVIIa.

MODIFICACIÓN DE TIPOS IMPOSITIVOS EN EL IVA Y SUS EFECTOS SOBRE LAS OPERACIONES SUJETAS

ANTONIO LONGÁS LAFUENTE

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EN el presente artículo el autor analiza los principales aspectos que la modificación de los tipos impositivos en el IVA tiene sobre las operaciones sujetas al impuesto.

La delimitación temporal del momento en que se produce el hecho imponible es el paso previo para concretar el tipo impositivo que aplicaremos a las operaciones. La Ley del IVA no distingue entre devengo del impuesto y exigibilidad del impuesto, regulando ambos aspectos en un mismo precepto, y ambos momentos inciden en esta concreción del tipo impositivo. Su examen, por tanto, resulta trascendental cuando el legislador introduce alteraciones en los tipos impositivos.

El artículo, partiendo del concepto de devengo y exigibilidad, hace un repaso de las situaciones más importantes que podemos encontrar y analiza las consecuencias que la variación de los tipos impositivos tiene sobre ellas.

Con el objetivo de lograr una mejor comprensión de las distintas cuestiones, se completa la exposición con diversos ejemplos.

Palabras clave: IVA, tipos impositivos, devengo del impuesto, exigibilidad del impuesto, pago anticipado, repercusión del impuesto, operaciones de tracto sucesivo, operaciones intracomunitarias y modificación de la base imponible.

MODIFICATION OF THE TAX RATES IN THE VALUED ADDED TAX

ANTONIO LONGÁS LAFUENTE

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

In the present article, the author analyses the main aspects that the modification of the tax rates in the VAT has over the taxable transactions. The temporal delimitation of the moment when the taxable event occurs is the previous step to concrete the tax rate that we will use in the transactions. The Law of the VAT does not distinguish between the accrual and the exigibility of the tax, both aspects covered in one precept, and both point out this concretion of the tax rate. This examination, therefore, is crucial when the legislator introduces changes in the tax rates.

The article, starting from the concepts of accrual and exigibility, makes a review of the most important situations that we can come across and analyses the consequences that the modification of the tax rates has over them.

With the aim of a better understanding of the different topics, the explanation is completed with several examples.

Keywords: VAT, tax rates, accrual, exigibility, payment on account, tax repercussion, successive chain operations, intra-Community transactions and modification of the tax base.

Sumario

1. Introducción.
2. Devengo y repercusión.
3. Operaciones con pagos anticipados.
 - 3.1. Regla general. Tipo impositivo vigente en el momento en que se produce el pago anticipado.
 - 3.2. Ejecuciones de obra en las que se producen certificaciones de obra.
 - 3.3. Entregas de edificios o partes de los mismos aptos para su utilización como viviendas.
4. Operaciones contratadas o con presupuesto anterior a la realización del hecho imponible.
5. Operaciones de tracto sucesivo.
6. Operaciones intracomunitarias y operaciones en las que se produce la inversión del sujeto pasivo.
 - 6.1. Operaciones intracomunitarias.
 - 6.2. Deducción en el supuesto de AIB y en aquellos en que se produce la inversión del sujeto pasivo.
7. Modificaciones de la base imponible de las operaciones sujetas a IVA.
8. Operaciones con los entes públicos sujetos a la regla de repercusión del artículo 88.Uno, párrafo segundo de la LIVA.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 90.Dos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), en consonancia con el artículo 93, párrafo primero de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido (Directiva IVA), nos recuerda que el tipo impositivo aplicable a cada operación será el vigente en el momento del devengo.

Ello nos obliga siempre, como paso previo para aplicar el tipo impositivo en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), a delimitar el momento temporal en que se entiende realizado el hecho imponible, produciéndose el nacimiento de la obligación tributaria principal, así como la determinación de las demás circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria, como señala el artículo 21.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). En el precepto legal, en su apartado 2, el legislador nos recuerda también la posibilidad que se le otorga para que en la ley propia de cada tributo se establezca la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo.

Ello tiene gran trascendencia en el IVA, pues si bien el artículo 75 de la LIVA no distingue entre «devengo del impuesto» y «exigibilidad del impuesto», es claro que ambas figuras jurídicas se dan en él. Así, el exponente más claro es el de la exigibilidad del impuesto en el momento en que se produce el pago anticipado de las operaciones, si bien la regla no es de aplicación para las entregas intracomunitarias de bienes (EIB) u operaciones asimiladas (art. 9, número 3.º de la LIVA), exentas por el artículo 25 de la LIVA, así como a las adquisiciones intracomunitarias de bienes (AIB), de acuerdo todo ello con lo dispuesto en los artículos 75.Dos y 76, párrafo segundo de la LIVA.

Con mayor claridad, la Directiva IVA (art. 62) sí diferencia entre ambos conceptos, considerando que «devengo del impuesto» es el hecho mediante el cual quedan cumplidas las condiciones legales precisas para la exigibilidad del impuesto, y «exigibilidad del impuesto» el derecho que el Tesoro Público puede hacer valer, en los términos fijados en la ley y a partir de un determinado momento, ante el deudor para el pago del impuesto, incluso en el caso de que el pago pueda aplazarse.

En definitiva, habrá de estarse a las reglas que sobre el devengo del IVA determinan los artículos 75 a 77, ambos inclusive de la LIVA, cuando, ante una eventual modificación de tipos impositivos, existan operaciones con un nexo temporal dividido o simplemente para concretar el tipo de gravamen que corresponda a la operación.

Esta regla general, recogida en nuestro artículo 90. Dos de la LIVA ha sido confirmada tanto por la doctrina administrativa [así el Tribunal Económico-Administrativo Central, TEAC, lo puso ya de manifiesto en las Resoluciones de 3 de febrero de 1993 (NFJ002424) y de 24 de junio de 1998, RG 291/1997 (NFJ008585), entre otras; y la DGT en Consultas V0644/2010 (NFC037799) de 8 de abril, V2356/2010 (NFC039572) de 28 de octubre, V0336/2011 (NFC040470) de 14 de febrero y V0890/2011 (NFC041101) de 4 de abril], como por la jurisprudencia [entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional, AN, de 18 de febrero de 2000 (NFJ008989)]. Tanto en una como en otra se recuerda que el tipo aplicable es el vigente en el momento del devengo de las operaciones, de acuerdo con las reglas que sobre el mismo se establecen en la norma interna.

EJEMPLO 1:

Un Ayuntamiento es propietario de unas parcelas que están siendo urbanizadas por una entidad mercantil que actúa como agente urbanizador. Las cuotas de urbanización no satisfechas a 1 de septiembre de 2012 que ya han sido liquidadas y notificadas al Ayuntamiento antes de dicha fecha importan 2.000.000 de euros.

Solución:

Cualquiera que sea el destinatario de las operaciones, incluidos los entes públicos (al margen de las operaciones sujetas a la normativa administrativa de los contratos públicos, que no es el caso que examinamos, por la singularidad que suponen y que se exponen en un epígrafe independiente), el tipo impositivo aplicable será el del momento del devengo y no el del pago aplazado. Por ello, el tipo impositivo que corresponde a las cuotas urbanizadoras será del 18 por 100.

En este sentido se pronuncia también la DGT en Consulta V2356/2010, de 28 de octubre (NFC039572).

La concreción de los tipos impositivos ha sufrido múltiples variaciones, no solo por lo que se refiere a la inclusión de unas concretas operaciones en uno u otro tipo, esto es, la base de las operaciones que se incluyen en los distintos tipos, haciendo que tributen por un tipo distinto al que lo venían haciendo, sino que también se han producido incrementos de los tipos impositivos general y reducidos (así como la minoración y desaparición del tipo incrementado). La última de estas modificaciones, que ha afectado tanto a un incremento del tipo general como del reducido y el trasvase de unas ope-

raciones desde un tipo impositivo reducido al general, ha sido la aprobada por Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, que, respecto de esta materia, entra en vigor el 1 de septiembre de 2012.

Por ello, teniendo en cuenta las distintas modificaciones legislativas aprobadas desde la entrada en vigor de este impuesto, y considerando exclusivamente las alteraciones de los tipos impositivos, puede considerarse el siguiente cuadro-resumen:

	Superreducido	Reducido	General	Incrementado
01-01-1986 a 31-12-1991	No existe	6%	12%	33%
01-01-1992 a 31-07-1992	No existe	6%	13%	28%
01-08-1992 a 31-12-1992	No existe	6%	15%	28%
01-01-1993 a 31-12-1994	3%	6%	15%	No existe
01-01-1995 a 30-06-2010	4%	7%	16%	No existe
01-07-2010 a 01-09-2012	4%	8%	18%	No existe
Desde 01-09-2012	4%	10%	21%	No existe

Como consecuencia de estas variaciones y modificaciones de la base de las operaciones incluidas en los tipos impositivos, así como de los incrementos en los tipos general y reducidos, surgen distintos problemas derivados de su aplicación temporal a las distintas operaciones, al margen del principio general que se ha expuesto anteriormente; esto es, la primera de las cuestiones que debemos dilucidar es la determinación del momento del devengo de las operaciones, teniendo en cuenta las reglas recogidas en los artículos 75 a 77 de la LIVA.

Sin ánimo de ser exhaustivos, se examinan a continuación algunas de estas cuestiones que se consideran de mayor trascendencia, recordando que pueden acaecer tanto por las variaciones al alza o a la baja que puedan experimentar los tipos general y reducidos, como por las modificaciones puntuales en la base de las operaciones a incluir en cada uno de los tipos.

2. DEVENGO Y REPERCUSIÓN

La repercusión, como acto de traslado de la carga impositiva desde el sujeto pasivo al destinatario de la operación, quedando este obligado a soportar la cuota (art. 88.Uno de la LIVA), es un acto que no tiene por qué coincidir con el devengo.

Por ello, es importante destacar que para determinar el tipo impositivo aplicable a una operación no podemos hacerlo considerando el momento temporal en que se repercute el impuesto.

La repercusión debe efectuarse al tiempo de expedir y entregar la factura o documento sustitutivo correspondiente (art. 88.Dos de la LIVA), lo que hace que debamos acudir a las normas reguladoras de esta materia, esencialmente el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (Reglamento de fac-

turación), si bien debe recordarse que, como consecuencia de los ajustes a la normativa comunitaria que el legislador interno debe efectuar antes del 31 de diciembre de 2012, este Reglamento se verá sustituido a partir de esta fecha por otro que se adecue a la legislación comunitaria; aunque respecto de lo que en este trabajo se pretende, las reglas de repercusión no sufrirán cambios significativos.

De acuerdo con este Reglamento las facturas o documentos sustitutivos deberán ser expedidos en el momento de realizarse la operación, si bien, cuando el destinatario es un empresario o profesional que actúa como tal, pueden expedirse dentro del plazo de un mes contado a partir del citado momento, y siempre antes del día 16 del mes siguiente al periodo de liquidación del impuesto en el curso del cual se hayan realizado las operaciones (art. 9). También pueden incluirse en una sola factura distintas operaciones realizadas en distintas fechas para un mismo destinatario, siempre que las mismas se hayan efectuado dentro de un mismo mes natural. En este caso, las facturas deberán ser expedidas como máximo el último día del mes natural en el que se hayan efectuado las operaciones que se documenten en ellas, con la misma salvedad para los destinatarios empresarios o profesionales que la reflejada cuando se emiten facturas individualizadas (art. 11).

Estas facturas o documentos sustitutivos deben ser remitidos por el sujeto pasivo a los destinatarios de las operaciones que en ellos se documentan, lo que debe cumplirse en el mismo momento de su expedición o bien, cuando el destinatario sea un empresario o profesional que actúa como tal, en el plazo de un mes a partir de la fecha de su expedición (arts. 15 y 16).

Como puede observarse, el momento en que acaece el devengo de la operación y aquel en que se repercute coinciden en el tiempo cuando el destinatario no es empresario o profesional actuando como tal, con la excepción de que se emitan facturas recapitulativas mensuales, lo que hace que no se planteen cuestiones con trascendencia en estos supuestos, cuando existe variación de tipos impositivos, salvo en el supuesto de facturas recapitulativas y la modificación del tipo impositivo se produzca durante el transcurso del periodo mensual, para lo que resultarán de aplicación las consideraciones siguientes.

La problemática puede plantearse esencialmente cuando el destinatario es empresario o profesional actuando como tal, pues puede existir divergencia temporal entre el momento del devengo y el de repercusión, así como el supuesto de emisión de facturas recapitulativas.

En uno y otro caso el tipo impositivo vendrá determinado por el momento temporal en que se produzca el devengo, y no el de la repercusión del impuesto a través de la expedición de la correspondiente factura.

Lo mismo sucederá cuando la factura se emita fuera del plazo establecido en el Reglamento de facturación, ya que, en última instancia, la LIVA permite efectuar la repercusión en el plazo de un año, de manera que los artículos 88.Cuatro, 92 y 94 establecen las consecuencias que esta repercusión extemporánea tiene tanto para el repercutidor (pérdida del derecho a repercutir, como se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, TS, entre otras en Sentencia de 23 de junio de 2010, recurso 2845/2008) como para el obligado a soportar la repercusión (no procedencia de la deducción; si bien el TS en Sentencia de 18 de marzo de 2009, recurso 2231/2006 (NFJ032640), ha señalado que la ley en modo alguno establece la prohibición de soportar una vez transcurrido el plazo del

año, sino solo que se perderá el derecho a repercutir, por lo que no puede entenderse que si se soporta voluntariamente el impuesto, aunque sea repercutido extemporáneamente, el repercutido está incumpliendo una obligación. El artículo 88.Uno se limita a señalar que el deber de soportar la repercusión viene condicionado por la forma en que se lleve a cabo, y por esta razón dice que queda obligado a soportar siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta ley, y el artículo 94.Tres solo impide deducirse en cuantía superior a la que legalmente corresponda, esto es, que si se ha devengado por cuantía superior no serán deducibles las cuotas en la cuantía que exceda del impuesto efectivamente devengado, no refiriéndose, en modo alguno, al caso de que si acepta y paga el adquirente o destinatario del servicio las cuotas repercutidas extemporáneamente no existe derecho a la deducción).

En cualquier caso, como se viene apuntando, el tipo impositivo aplicable será el vigente en el momento del devengo.

En el supuesto de que la modificación del tipo impositivo se produjera en el transcurso del periodo mensual de emisión de facturas recapitulativas, deberían emitirse distinguiendo la parte de base imponible que tributará a uno u otro tipo impositivo.

EJEMPLO 2:

1. Un sujeto pasivo realiza una prestación de servicios de asesoría fiscal a un empresario o profesional, concluyéndose el 30 de agosto de 2012.

Solución:

Si bien la factura podrá expedirse hasta el 30 de septiembre de 2012, el tipo impositivo aplicable será el vigente a fecha 30 de agosto de 2012, esto es, el 18 por 100.

2. Un profesional dedicado a la asesoría contable presta un servicio que concluye con fecha 29 de agosto de 2012, emitiendo factura al destinatario, empresario o profesional, el 30 de diciembre de 2012, momento en que se efectúa el pago de la operación.

Solución:

Al margen de la corrección temporal en la emisión de la factura, la operación debe repercutirse al tipo general vigente el 29 de agosto de 2012, esto es, el 18 por 100, que es el que deberá figurar en la factura.

Este sujeto pasivo deberá presentar una declaración-liquidación complementaria extemporánea por el tercer trimestre, o el mes de agosto (en el caso de que sea gran empresa o esté acogido al sistema de devolución mensual) puesto que la operación se ha devengado en dicho periodo y debe declararse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se produce el devengo.

3. OPERACIONES CON PAGOS ANTICIPADOS

3.1. Regla general. Tipo impositivo vigente en el momento en que se produce el pago anticipado

En las operaciones en las que existen pagos anticipados, si bien la entrega del bien o la prestación del servicio se produce cuando el bien se pone a disposición del adquirente o cuando se presta el servicio (que es cuando tiene lugar el hecho imponible), aplicando las reglas generales contenidas en el artículo 75 de la LIVA, el apartado segundo de este precepto prevé una regla especial, acogiéndose a un criterio de caja.

De esta forma, se adelanta el devengo del impuesto por las cantidades abonadas con anterioridad a que se produzca el hecho imponible. En definitiva, y tal como hace la Directiva IVA y no nuestra LIVA, cuando aplicamos el artículo 75.2 no se está produciendo con el pago anticipado el hecho imponible (la entrega del bien o la prestación del servicio), sino que el legislador exige el impuesto con anterioridad al mismo. Como se ha indicado anteriormente, no deberíamos conceptuar esta posibilidad como devengo del impuesto, pues estamos ante la exigibilidad del impuesto, término utilizado por la norma comunitaria, que resulta más adecuado a la realidad que refleja esta regla especial.

De acuerdo con este precepto, en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible, el IVA se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos. Se ha expuesto antes que la regla no resulta aplicable a las operaciones intracomunitarias de bienes, sean EIB o AIB.

Al margen de la problemática que la determinación del devengo tiene en este tipo de operaciones, lo que ahora interesa destacar es la cuestión de la modificación del tipo impositivo entre el momento en que se produce el pago anticipado y aquel en que tiene lugar el hecho imponible, esto es, la entrega del bien o la prestación de servicios, identificados con precisión, como apunta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), entre otras, en Sentencia de 21 de febrero de 2006, asunto C-419/02, BUPA Hospitals (NFJ021665).

Este órgano jurisdiccional comunitario, después de recordar que, conforme a la Directiva IVA, el devengo se produce, y el impuesto se hace exigible, en el momento en que se efectúa la entrega de bienes o la prestación de servicios, establece las siguientes conclusiones por lo que a este breve examen que se está realizando se refieren, y que debemos tener en consideración a la hora de aplicar nuestra norma interna:

- La regla de pagos anticipados a cuenta supondrá la exigibilidad del IVA. Nuevamente el TJUE apunta que en este supuesto no estamos ante un devengo propiamente dicho, sino ante lo que la norma comunitaria considera como exigibilidad del impuesto, lo que debería llevar a nuestro legislador interno a reconducir el artículo 75 a los dictados de la norma y jurisprudencia comunitaria, dadas las implicaciones que ello puede tener en la consideración de las circunstancias determinantes de la relación jurídico-tributaria que supone la existencia del devengo del impuesto.

- El impuesto será exigible en el momento del cobro del precio y en las cuantías efectivamente cobradas. Esto es, la exigibilidad del IVA procederá sin que se haya efectuado la entrega del bien o la prestación del servicio.
- Esta regla constituye una excepción a la general del devengo del impuesto y, como tal, debe ser objeto de interpretación estricta.
- Para que el impuesto pueda ser exigible en esa situación, es preciso que ya se conozcan todos los elementos relevantes del devengo, esto es, de la futura entrega del bien o de la prestación del servicio, y por consiguiente que los bienes o servicios estén identificados con precisión cuando se efectúe el pago a cuenta.

Consecuencia de los principios que se acaban de exponer, tal como señala el TJUE, es que no están comprendidos en la regla especial que estamos examinando los pagos anticipados de una cantidad a tanto alzado que se abonen por unos bienes señalados de forma general en una lista que pueda modificarse en cualquier momento de mutuo acuerdo entre el comprador y el vendedor y de la que el comprador pueda elegir, en su caso, algunos artículos en virtud de un acuerdo que en todo momento pueda resolver unilateralmente, recuperando la totalidad del pago anticipado no utilizado.

EJEMPLO 3:

Un empresario del sector de la construcción entrega un pago anticipado a un proveedor de materiales de construcción a cuenta de futuras adquisiciones de estos materiales, sin que hayan quedado determinados de manera específica los materiales a adquirir.

Solución:

En este supuesto no aplicaremos la regla especial prevista en el artículo 75.Dos de la LIVA, dado que no han sido concretados los bienes a adquirir.

En el momento en que el destinatario de la operación abona una parte o la totalidad de la contraprestación (monetaria o en especie) al proveedor del bien o al prestador del servicio, se produce el devengo por este cobro y, por ello, a este aplicaremos el tipo impositivo vigente en el momento en que tiene lugar el pago o cobro anticipado, debiendo expedirse factura o documento sustitutivo adecuado, de acuerdo con las normas reguladoras del deber de facturar.

No obstante, cuando se produce el hecho imponible (la entrega del bien o la prestación del servicio) puede haber variado el tipo impositivo aplicable a la operación. Por ello, si quedaba por abonar parte de la contraprestación (monetaria o en especie), se produce el devengo por la parte de contraprestación

pendiente de fijar o de abonar. A ella resultará aplicable el tipo vigente en el momento en que se produce el devengo (identificado con la producción del hecho imponible propiamente dicho), esto es, cuando se entrega el bien o se presta el servicio, siguiendo las reglas generales establecidas en el artículo 75.Uno de la LIVA, sin necesidad de efectuar regularización o rectificación alguna por la parte de contraprestación que haya tributado anteriormente en el momento en que se devengó o exigió el pago anticipado.

Quede claro que la base imponible relativa a cada uno de los pagos anticipados o a cuenta será el importe efectivamente pagado con cada uno de ellos, y la base imponible referida a la entrega del bien o a la prestación del servicio (de acuerdo con las reglas generales del art. 75.Uno de la LIVA) vendrá determinada por el importe total de la contraprestación, minorada en todos los pagos anticipados que originaron con carácter previo la exigibilidad del impuesto (o devengo del impuesto en términos de la LIVA). Esto es, si en el pago anticipado se aplicó un tipo impositivo y, en el momento de producirse la entrega del bien o la prestación del servicio resulta aplicable otro tipo (incremento o minoración del anterior), no se modificará el tipo aplicado en el pago anticipado en la parte, total o proporcional que corresponda.

EJEMPLO 4:

Un particular firma un contrato de adquisición de una vivienda con un promotor inmobiliario el 1 de enero de 20X1, abonándose en esa fecha un anticipo de 20.000 euros. En el contrato se pacta que la vivienda se entregará con la firma de la escritura pública que tendrá lugar el 1 de enero de 20X2. Además, se pactan pagos mensuales hasta la firma de dicha escritura de 5.000 euros mensuales. A la firma de la escritura se abonará la cantidad de 100.000 euros, pactándose que el promotor financiará al particular, por lo que se prevén pagos diferidos de 10.000 euros trimestrales durante 10 años (no se incluyen en este importe los intereses por pago aplazado, que conforme al art. 78.Dos.1.º quedan excluidos de la base imponible).

El tipo impositivo aplicable a la entrega de viviendas el 1 de enero de 20X1 es el 8 por 100, aprobándose por el legislador una ley que entra en vigor el 1 de enero de 20X2 que fija el tipo impositivo aplicable a estas operaciones en el 10 por 100.

Solución:

Nos encontramos ante una entrega de bienes, cuyo hecho imponible se produce el 1 de enero de 20X2, que es cuando se firma la escritura pública, de acuerdo con el artículo 75.Uno. No obstante, existen pagos anticipados anteriores a esta entrega del bien, por lo que deberemos aplicar también la regla especial prevista en el artículo 75.Dos.

Por ello el devengo del IVA para la operación examinada será:

- El 1 de enero de 20X1 se produce el devengo por las cantidades abonadas en ese momento:

$$20.000 \times 8\% = 1.600 \text{ euros}$$

.../...

.../...

- Por los pagos anticipados mensuales que se producen a lo largo del ejercicio 20X1, que suponen también pagos anticipados, y suponiendo que se abonan el último día de cada mes, se producirá también el devengo:

$$5.000 \times 8\% = 400 \text{ euros}$$

- Finalmente, la entrega de la vivienda tiene lugar el 1 de enero de 20X2, fecha en la que está en vigor el tipo impositivo del 10 por 100. No deberemos rectificar o regularizar los pagos anteriores puesto que el devengo de los mismos ya se ha producido, pero en esta fecha se devengará el impuesto por todas las cantidades que se abonen el 1 de enero de 20X2 más las que queden por abonar, puesto que no existe regla especial para los pagos diferidos.

Por ello el devengo será:

$$[100.000 + (10.000 \times 40 \text{ pagos trimestrales})] \times 10\% = 50.000 \text{ euros}$$

La DGT, entre otras en Consultas V1205/2010 (NFC03807) de 22 de septiembre, V2252/2010 (NFC039443) y V2256/2010 (NFC039484) de 20 de octubre, V0350/2011 (NFC040467) de 15 de febrero, V1125/2011 (NFC041329) de 4 de mayo, V1824/2011 (NFC042132) y V1825/2011 (NFC042135) de 18 de julio y V3052/2011 (NFC043365) de 26 de diciembre, ha recogido los anteriores criterios.

Debe advertirse también que, como regla general, aplicaremos a los pagos anticipados el mismo tipo general, reducido o superreducido que corresponda a la entrega del bien o prestación del servicio del que es pago a cuenta. No obstante, nos podemos encontrar ante situaciones en las que además de sufrir un incremento del tipo impositivo reducido o general, también se haya modificado la base de las operaciones que se incluyen en cada uno de los tipos, lo que puede hacer que varíe también el tipo superreducido o reducido, que pasan a tributar por el tipo general, y ello hará que tengamos que aplicar al pago anticipado y a la entrega del bien o la prestación del servicio tipos impositivos distintos (al pago a cuenta uno el superreducido o reducido, y a la entrega el general).

EJEMPLO 5:

Un colegio privado con destino al curso escolar 2012-2013 adquiere de un empresario determinado material escolar concreto y especificado en el pedido firmado con fecha 30 de julio de 2012, cuya entrega se efectuará el 12 de septiembre de 2012. A la fecha del pedido se efectúa un pago a cuenta del 90 por 100 del importe de la operación

.../...

.../...

(9.000 euros), quedando pendiente el resto (1.000 euros). Se trata de objetos que, por sus características, solo pueden utilizarse como material escolar, no tratándose de artículos y aparatos electrónicos.

Con el mismo empresario y misma fecha, firma un pedido por 3.000 euros, correspondientes a partituras, mapas y cuadernos de dibujo, si bien por este pedido no efectúa pago a cuenta alguno, y los bienes se entregarán el mismo día, esto es, el 12 de septiembre de 2012.

Solución:

El 30 de julio de 2012 tiene lugar un pago a cuenta por el primero de los pedidos, el correspondiente a objetos de material escolar, por lo que en ese momento se produce la exigibilidad del impuesto por el importe abonado el 30 de julio. El empresario proveedor deberá expedir factura con una base imponible de 9.000 euros, y un tipo impositivo del 4 por 100.

El 12 de septiembre, por este primer pedido, se produce el hecho imponible, por lo que se produce el devengo por las cantidades pendientes de abonar, esto es, 1.000 euros, sobre las que aplicaremos el tipo impositivo general del 21 por 100, ya que estos bienes dejan de estar incluidos en la lista de operaciones que tributan al tipo superreducido del 4 por 100 para tributar a partir del 1 de septiembre de 2012 al tipo general del 21 por 100.

Respecto del segundo pedido, no varía el tipo impositivo aplicable (seguramente es este el motivo por el que no ha efectuado pago anticipado alguno), teniendo lugar el devengo por el importe total de la operación el 12 de septiembre, aplicando el tipo impositivo del 4 por 100.

3.2. Ejecuciones de obra en las que se producen certificaciones de obra

Un supuesto concreto en relación con las operaciones con pagos anticipados es el de las ejecuciones de obra que dan lugar a certificaciones de obra, esencialmente en relación con contratos celebrados con las Administraciones públicas; respecto de las que pueden efectuarse las siguientes consideraciones:

- Se aplicará el tipo impositivo de la fecha en que se produzca el pago efectivo en relación con las certificaciones de obras que no hayan sido objeto de recepción. Por tanto, si se abonan con anterioridad a la fecha del cambio de tipo impositivo, no sufrirán variación alguna.
- Asimismo, se aplicará el tipo impositivo anterior al de la fecha de entrada en vigor del nuevo tipo impositivo a las certificaciones finales, ya sean totales o parciales, que documenten obras

que hayan sido objeto de recepción con anterioridad a esta fecha de entrada en vigor de los nuevos tipos impositivos aun cuando su pago se produzca con posterioridad a dicha fecha.

- Se aplicará el tipo impositivo modificado a las certificaciones correspondientes a obras que sean objeto de recepción con posterioridad a la entrada en vigor de los nuevos tipos impositivos, salvo que su importe se abone anticipadamente antes de esa fecha.
- La factura que se expida como consecuencia de la recepción de una obra certificada total o parcialmente o bien por el abono de un pago anticipado deberá incluir el tipo impositivo aplicable en función de los criterios de devengo señalados, sin que sea procedente expedir factura rectificativa cuando para una misma obra una parte se grave a uno u otro tipo, como consecuencia de la aplicación de los mismos.

EJEMPLO 6:

Un contratista resulta adjudicatario de una obra pública por importe de 1,2 millones de euros. El Acta de replanteo de las obras se firma con fecha 1 de octubre de 2011 y el Acta de recepción de las obras es de 1 de octubre de 2012. Se emiten certificaciones de obra mensuales, cada una de ellas por 100.000 euros, abonadas a los 60 días.

Solución:

Al encontrarnos ante certificaciones de obra que deben ser abonadas por la Administración pública, tendremos en cuenta las reglas recogidas en el artículo 75.Uno.2.º bis y Dos de la LIVA.

De esta forma a las certificaciones emitidas el último día de cada mes, al abonarse a los 60 días, se aplicará el tipo impositivo vigente en dicha fecha. Así, por las certificaciones de octubre de 2011 a junio de 2012, al abonarse antes del 1 de septiembre de 2012, se aplicará el tipo impositivo del 18 por 100. Mientras que a la certificación emitida en el mes de julio le aplicaremos el tipo impositivo incrementado del 21 por 100. Respecto de las certificaciones de los meses de agosto y septiembre, así como por las cantidades restantes que queden pendientes de abonar (certificación final de obra, etc.), el devengo tiene lugar cuando se produce el hecho imponible, esto es, la recepción de la obra, el 1 de octubre de 2012, aplicando el tipo impositivo vigente en dicho momento, esto es, el 21 por 100.

En este mismo sentido se ha pronunciado la DGT en la Circular 2/1992 (NFL001790), de 22 de enero de 1992, así como en Consultas V0602/2010 (NFC037481) y V0603/2010 (NFC037485) de 26 de marzo, V0644/2010 (NFC037799) de 8 de abril, V1057/2010 (NFC037795) de 19 de mayo, V1299/2010 (NFC038421) de 9 de junio, V1802/2010 (NFC038737) de 3 de agosto, V1926/2010 (NFC039121) de 7 de septiembre, V2908/2011 (NFC043230) de 15 de diciembre y V0356/2012 (NFC043799) de 17 de febrero.

3.3. Entregas de edificios o partes de los mismos aptos para su utilización como viviendas

Teniendo en cuenta las distintas redacciones que ha sufrido el artículo 91.Uno.1.7.º de la LIVA en lo referente al tipo impositivo para las entregas de edificios o partes de los mismos aptos para su utilización como viviendas (incluidas las plazas de garaje, con un máximo de dos unidades, y anexos en ellos situados que se transmitan conjuntamente), nos podemos encontrar ante situaciones en las que apliquemos hasta tres tipos impositivos distintos en función.

Recordemos que con efectos desde el 20 de agosto de 2011 y vigencia exclusivamente hasta el 31 de diciembre de 2012, se aplica el tipo reducido del 4 por 100 del IVA a las entregas de bienes a las que se refiere este número 7.º, según lo dispuesto por la disposición transitoria cuarta del Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto (conforme a la redacción dada por el RDL 20/2011, de 30 de diciembre). Por tanto, los tipos aplicables serán:

Periodo	Tipo impositivo
Hasta el 19 de agosto de 2011	7%
Desde el 20 de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012	4%
A partir de 1 de enero de 2013	10%

EJEMPLO 7:

Un particular firma un contrato de compraventa de una vivienda (con dos plazas de garaje y un trastero) con un promotor inmobiliario el 1 de enero de 2010. El precio total de adquisición de la vivienda, cuya entrega de llaves (firma de la escritura pública) tendrá lugar el 1 de abril de 2013, es de 600.000 euros. Con la firma del contrato privado se abonaron 20.000 euros, pactándose que se efectuarían pagos trimestrales hasta la firma de las llaves de 20.000 euros. El resto se abonaría a la firma de la escritura pública.

Solución:

Con cada uno de los pagos anticipados que se efectúen antes de la firma de la escritura pública se soportará por el particular el tipo impositivo vigente en el momento de su abono. A la firma de la escritura pública, y por las cantidades pendientes de abonar a dicha fecha, se tendrá en cuenta el tipo impositivo de ese momento.

De esta forma:

A los pagos anticipados que se producen antes del 20 de agosto de 2010 (el pago efectuado con la firma del contrato por 20.000 euros el 1 de enero de 2010, y los dos pagos del primer y del segundo trimestre de 2010, que se producen el 31 de marzo y el 30 de junio de 2010, por el mismo importe, haciendo un total de 60.000 euros) aplicaremos el tipo impositivo del 7 por 100.

.../...

.../...

A los pagos anticipados del tercer y cuarto trimestre de 2010 (que abonamos el 30 de septiembre y el 31 de diciembre de 2010), así como a los cuatro pagos trimestrales del 2011 y los cuatro del 2012, que abonamos el último día de cada trimestre (en total 160.000 euros), aplicaremos el tipo impositivo del 4 por 100, que es el vigente en la fecha de cada uno de los pagos a cuenta realizados.

Al pago anticipado correspondiente al primer trimestre de 2013 (que abonamos el 31 de marzo de 2013), le aplicaremos el tipo impositivo del 10 por 100, tipo vigente a partir del 1 de enero de 2013.

Finalmente, a la firma del contrato el 1 de abril de 2013, y por las cantidades pendientes de abonar (320.000 euros), aplicaremos también el tipo impositivo vigente en esa fecha, que es del 10 por 100.

4. OPERACIONES CONTRATADAS O CON PRESUPUESTO ANTERIOR A LA REALIZACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE

Distinta de la situación que se ha examinado en el epígrafe anterior, se encuentra aquella en la que el sujeto pasivo elabora un presupuesto al destinatario, que este acepta con anterioridad a la realización del hecho imponible y, sin abonar cantidad alguna antes de la entrega del bien o de la prestación del servicio, se produce el hecho imponible.

En situación análoga estarán aquellas operaciones respecto de las que se ha firmado contrato en fecha anterior a la que se produce la variación del tipo impositivo, pero el devengo tiene lugar con posterioridad a dicha fecha, sin que se hayan producido pagos anticipados o a cuenta.

La variación del tipo impositivo entre las fechas de presupuesto y aceptación del mismo o de contratación y de producción del hecho imponible o devengo de la operación, y dado que no han existido pagos anticipados, lleva consigo que el devengo de la operación se produzca cuando el bien se pone a disposición del adquirente o cuando se presta el servicio, siguiendo el resto de reglas previstas en el artículo 75.Uno de la LIVA.

Respecto de estas operaciones podemos concluir:

- El tipo impositivo aplicable a las entregas de bienes o a las prestaciones de servicios será el vigente en el momento de realización de las operaciones, esto es, cuando las mismas se devenguen conforme a lo establecido en el artículo 75.Uno de la Ley del IVA, con independencia del tipo impositivo que se hubiera consignado en el momento de realizar el presupuesto y aceptarse por el destinatario de las operaciones. Así, si se trata de entregas de

bienes el devengo se producirá cuando los bienes se ponen a disposición del adquirente (art. 75.Uno.1.º) mientras que si se trata de prestaciones de servicio tendrá lugar cuando se presen-
ten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas (art. 75.Uno.2.º, párrafo primero).

- Si en el momento de elaborarse el presupuesto se hubiera consignado el tipo impositivo vigente en esa fecha y, en el momento de realizarse la operación estuviera vigente un tipo diferente, el tipo impositivo aplicable sería el vigente en el momento de producirse el hecho imponible.
- En el supuesto de que se efectuaran pagos a cuenta anteriores a la realización de las operaciones de entrega de bienes o de prestación de servicios, el tipo impositivo aplicable a los mismos será el vigente en el momento en que tales pagos se realicen efectivamente. Los pagos a cuenta realizados con anterioridad al cambio de tipo impositivo, correspondientes a operaciones cuyo devengo, conforme a lo dispuesto en el artículo 75.Uno, tenga lugar con posterioridad a esa fecha, determinarán en esa proporción el devengo del IVA calculado conforme a los tipos impositivos vigentes cuando se efectúen siempre que los bienes o servicios a que se refieran estén identificados con precisión.
- El tipo impositivo correspondiente a dichos pagos a cuenta no deberá ser objeto de rectificación alguna aun cuando la realización de la operación a la que se refieran y, por tanto, el devengo determinado por aplicación del artículo 75.Uno, tenga lugar con posterioridad a la fecha en que entra en vigor el nuevo tipo impositivo.

En este sentido se pronuncia también la DGT, entre otras en Consultas V0602/2010 (NFC037481) y V0603/2010 (NFC037485) de 26 de marzo, V0644/2010 (NFC037799) de 8 de abril, V1056/2010 (NFC037798) y V1057/2010 (NFC037795) de 19 de mayo, y V0336/2011 (NFC040470) de 14 de febrero.

EJEMPLO 8:

Un empresario quiere celebrar un evento en los locales donde radica su sede social para celebrar el centenario de la empresa. Con fecha 1 de julio de 2012 acepta un presupuesto de un empresario dedicado a la floristería para el adorno con flores y plantas vivas de los eventos que tendrán lugar entre el 1 y el 31 de octubre de 2012, por importe de 6.000 euros.

Solución:

El devengo de la operación se producirá con la entrega de las flores y plantas ornamentales en octubre de 2012, siendo el tipo impositivo aplicable el general del 21 por 100, sobre la base imponible de 6.000 euros.

De existir algún pago anticipado de esta cantidad antes del 1 de septiembre de 2012 tributará al tipo impositivo reducido del 8 por 100, vigente hasta dicha fecha.

5. OPERACIONES DE TRACTO SUCESIVO

El artículo 75.Uno.7.º de la ley prevé una regla específica de fijación del devengo de las operaciones de tracto sucesivo o continuado (quedan excluidas las operaciones de contratos de arrendamientos-venta y arrendamientos de bienes con cláusula de transferencia de la propiedad vinculante para ambas partes, puesto que se equiparan a entregas de bienes).

El legislador dispone para estas operaciones que el devengo se producirá en los arrendamientos, en los suministros y, en general, en las operaciones de tracto sucesivo o continuado, en el momento en que resulte exigible la parte del precio que comprende cada percepción.

Si ello es así, surge la cuestión del tipo impositivo a aplicar cuando este varía entre las distintas fechas de exigibilidad, puesto que este es el criterio para determinar el devengo en estas operaciones.

Por ello, podemos considerar:

- El devengo en las operaciones que tienen la consideración de tracto sucesivo o continuado se produce conforme a lo establecido en el artículo 75.Uno.7.º de la LIVA, salvo que se produzcan pagos anticipados, en cuyo caso se aplica el artículo 75.Dos. Por tanto, si el devengo se produce en el momento en que resulte exigible cada parte del contrato aplicaremos el tipo impositivo vigente en esa fecha, sin que deban rectificarse con posterioridad.
- Si durante la vigencia de los contratos de tracto sucesivo o continuado se produjera una modificación del tipo impositivo del IVA aplicable a los mismos, el tipo que deberá aplicarse será aquel que esté vigente en el momento del devengo de las operaciones que se produce aplicando lo dispuesto en el artículo 75.Uno.7.º, con independencia de cuál hubiese sido el tipo impositivo que se tuvo en cuenta al formular la correspondiente oferta o presupuesto.
- En la medida en que el devengo del IVA tiene lugar con arreglo a la exigibilidad del precio en los contratos de tracto sucesivo, resultará plenamente ajustado a derecho repercutir el mismo al tipo impositivo vigente cuando dicha exigibilidad se produzca. Por ello, si se produce a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo tipo impositivo, se aplicará este último, aunque se corresponda con un periodo anterior a esa fecha.
- En el supuesto de que se efectuaran pagos a cuenta anteriores a la realización del devengo, de acuerdo con las reglas anteriores, el tipo impositivo aplicable será el vigente en el momento en que tales pagos se realicen efectivamente, aplicando las reglas que hemos considerado en el epígrafe dedicado a la problemática en pagos anticipados.
- Aplicaremos las mismas reglas respecto de operaciones de suministros (prestación de servicios telefónicos de voz y datos, suministro de energía eléctrica, suministro de agua, etc.); esto es, el devengo tiene lugar conforme a la exigibilidad de la contraprestación. Por ello, se gravarán a los nuevos tipos impositivos cuando se trate de contraprestaciones exigibles a

partir de la fecha de entrada en vigor de estos tipos, aunque se correspondan con periodos de consumo anteriores a esa fecha (como ocurre con aquellos consumos que se facturan con posterioridad al momento en el que los mismos se producen, por resultar entonces exigibles).

- En el caso de la prestación de servicios de suministro mediante la modalidad de contratos prepago, el devengo se produce en el momento en el que se efectúa el correspondiente pago anticipado, de forma que se aplicará el tipo que esté vigente en ese momento, con independencia de que los correspondientes consumos se produzcan en un momento posterior, siempre que tales pagos anticipados identifiquen con precisión a qué servicios se corresponden.
- En relación con los contratos de tracto sucesivo de suministro de bienes o de servicios contratados por las Administraciones públicas aplicaremos las reglas que venimos apuntando. No obstante, de acuerdo con la normativa reguladora de los contratos del sector público, la obligación de pago no es exigible hasta transcurridos 60 días desde la fecha de expedición de las certificaciones de obras o, en su caso, de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, por lo que el devengo en estas operaciones no se produce en el momento en el que se determina o cuantifica su importe y se expide el documento para justificar el pago, sino a los 60 días, que es cuando resulta legalmente exigible la contraprestación. La mera expedición de un documento en el que se cuantifique el importe de la contraprestación no determina el devengo del IVA.

Se corresponden con las conclusiones anteriores los criterios fijados también por la DGT, entre otras, en Consultas V0602/2010 (NFC037481) y V0603/2010 (NFC037485) de 26 de marzo, V0644/2010 (NFC037799) de 8 de abril, V1006/2010 (NFC037793) de 14 de mayo, V1033/2010 (NFC037796), V1035/2010 (NFC037797) de 17 de mayo, V1056/2010 (NFC037798) de 19 de mayo, V1334/2010 (NFC038359) de 15 de junio, V1395/2010 (NFC038529) de 21 de junio, V1397/2010 (NFC038584) de 21 de junio, V1800/2010 (NFC038727) de 2 de agosto, V1927/2010 (NFC039122) de 7 de septiembre, V2349/2010 (NFC039560) de 28 de octubre, V2764/2010 (NFC040003) de 20 de diciembre, V0336/2011 (NFC040470) de 14 de febrero, V0890/2011 (NFC041101) de 4 de abril y V1830/2011 (NFC42127) de 19 de julio.

EJEMPLO 9:

1. Un particular contrata el 1 de enero de 2012 con una compañía telefónica el servicio de telefonía fijo, pactándose en el contrato que se facturará mensualmente por los servicios prestados por la compañía telefónica, siendo exigible el pago de los servicios en los cinco días naturales posteriores a cada periodo mensual. El tipo impositivo vigente el 1 de enero es el 18 por 100.

El legislador modifica el tipo impositivo general al 21 por 100, entrando en vigor la ley el 1 de septiembre de 2012.

.../...

.../...

Solución:

Respecto de los meses de enero a julio, inclusive, el tipo impositivo aplicable y que la compañía telefónica repercutirá en la factura será del 18 por 100.

A partir del mes de agosto inclusive, el tipo aplicable será del 21 por 100. Este tipo lo aplicamos también a este mes puesto que los servicios prestados durante el mismo son exigibles a partir del 1 de septiembre, fecha en la que se encuentra vigente ya el nuevo tipo impositivo.

2. Una empresa de alquiler de automóviles sin conductor a largo plazo (*renting*) firma contratos con otros empresarios y con las Administraciones públicas. En los primeros se pacta que el pago se efectuará a los tres meses, mientras que para la Administración y de acuerdo con la normativa reguladora de los contratos públicos el pago se aplaza 60 días. El importe del precio de la prestación de servicios se fija o cuantifica mensualmente.

Solución:

En el primer caso, esto es, los contratos firmados con otros empresarios, de acuerdo con el artículo 75.Uno.7.º de la LIVA, el devengo no se produce en el mes en que se determina el importe, sino cuando efectivamente es exigible contractualmente la contraprestación (a los tres meses), y el tipo impositivo aplicable será el vigente en ese momento. Las cuotas que se consignen en los documentos no serán deducibles para los empresarios destinatarios hasta que se produzca el devengo del impuesto (art. 98.Uno de la LIVA).

Respecto de los contratos firmados con las Administraciones públicas, como la obligación de pago no es exigible hasta transcurridos 60 días desde la fecha de expedición de las certificaciones o documentos que acrediten la realización parcial del contrato, el devengo de dichas operaciones no se produce en el momento en el que se determina o cuantifica su importe y se expide el documento para justificar el pago, sino a los 60 días, que es cuando resulta legalmente exigible la contraprestación, y a este momento debemos estar para concretar el tipo impositivo aplicable.

Recordemos también que el artículo 75.Uno.7.º de la LIVA recoge una regla específica dentro de estos contratos de tracto sucesivo para el supuesto en que el destinatario sea el sujeto pasivo conforme a lo dispuesto en el artículo 84.Uno.2.º y 3.º, que se lleven a cabo de forma continuada durante un plazo superior a un año y que no den lugar a pagos anticipados durante dicho periodo, en cuyo caso el devengo del impuesto se producirá el 31 de diciembre de cada año por la parte proporcional correspondiente al periodo transcurrido desde el inicio de la operación o desde el anterior devengo hasta la citada fecha, en tanto no se ponga fin a dichas prestaciones de servicio.

En estos casos, y para el devengo producido por la fracción temporal que abarque el año natural o la parte de año natural hasta la fecha final del mismo, el tipo impositivo aplicable será el vigente el 31 de diciembre de cada año, con independencia de que la factura y la repercusión se produzcan en fecha posterior, esto es, en el mes de enero del ejercicio siguiente [en este sentido se pronuncia también la DGT en Consulta V0890/2011 (NFC041101) de 4 de abril].

EJEMPLO 10:

Un particular que ha recibido en herencia los derechos de autor de toda la obra literaria de un pariente suyo cede los derechos de autor sobre una de estas obras a una editorial por un tiempo de dos años, pactándose que se abonarán estos derechos de autor a la finalización del periodo y en función de los ejemplares vendidos hasta dicha fecha más unas variables a tener en cuenta por las ventas futuras de ejemplares editados. El contrato se firma con fecha 1 de marzo de 2011, y tendrá vigencia hasta el 30 de junio de 2013.

Solución:

A fecha 31 de diciembre de 2011, así como el 31 de diciembre de 2012, se produce el devengo o exigibilidad por la parte proporcional correspondiente al periodo transcurrido desde el inicio de la operación (para el año 2011 desde el 1 de marzo al 31 de diciembre) o desde el anterior devengo, hasta la citada fecha (para el ejercicio 2012). Aplicaremos en estas fechas el tipo impositivo aplicable vigente en las mismas, esto es, el 18 por 100 para la base imponible que deberá determinarse el 31 de diciembre de 2011, y el 21 por 100 para las cantidades a abonar el 31 de diciembre de 2012.

Respecto a las cantidades pendientes a abonar el 30 de junio de 2014, aplicaremos el tipo vigente a dicha fecha

6. OPERACIONES INTRACOMUNITARIAS Y OPERACIONES EN LAS QUE SE PRODUCE LA INVERSIÓN DEL SUJETO PASIVO

6.1. Operaciones intracomunitarias

Conforme a los artículos 75.Dos, párrafo segundo y 76 párrafo segundo de la LIVA, en las operaciones intracomunitarias de bienes, tanto en las EIB (incluidas las transferencias de bienes efectuadas por un sujeto pasivo de un bien corporal de su empresa con destino a otro Estado miem-

bro, para afectarlo a las necesidades de aquella en este último, previstas en el art. 9, número 3.º de la LIVA) como a las AIB (incluidas las transferencias de bienes), no se aplica la regla de los pagos anticipados, lo que supone que consideraremos las demás reglas que sobre el devengo se reflejan en el artículo 75.Uno para las EIB y en el artículo 76 para las AIB (que se remite a las reglas previstas en el art. 75.Uno). Recordemos a estos efectos que, en relación con las transferencias de bienes entre un Estado miembro y otro, el devengo tiene lugar cuando se inicia la expedición o transporte de los bienes, bien sea desde el territorio de aplicación del impuesto (EIB), bien desde el Estado miembro de origen (AIB).

Con ello quiere advertirse que el tipo impositivo aplicable será el vigente en el momento del devengo.

Las EIB son operaciones exentas, de acuerdo con el artículo 25 de la LIVA, ya que tributan en el Estado miembro de destino, por lo que las reglas que venimos señalando sobre los tipos impositivos no tienen influencia alguna; debiendo declararse en las autoliquidaciones correspondientes al periodo en que se produce el devengo.

Distinto será para las AIB, a las que, de acuerdo con el artículo 76, se aplican las reglas del devengo contenidas en el artículo 75.Uno, por lo que, como acabamos de señalar, el tipo impositivo aplicable será el del momento del devengo.

EJEMPLO 11:

Un empresario español, con sede en Cuenca, dedicado a la fabricación y venta de maquinaria agrícola, tiene un establecimiento permanente en Varsovia (Polonia).

Con fecha 31 de agosto de 2012 se inicia el transporte de distinta mercancía [no excluida del concepto de transferencia de bienes previsto en el art. 9, número 3.º, letras a) a h) de la LIVA] desde el establecimiento de Polonia a Cuenca. La mercancía llega a esta última población el 2 de septiembre.

Solución:

El devengo de esta transferencia de bienes que realiza el sujeto pasivo supondrá una EIB en Polonia, sujeta y exenta, y una AIB en el territorio de aplicación del impuesto. El devengo se producirá el 31 de agosto, fecha en la que comienza el transporte de los bienes desde el Estado miembro de origen. Por ello el tipo impositivo aplicable a la AIB será del 18 por 100 y no del 21 por 100, sin necesidad de que el sujeto pasivo tenga que expedir una autofactura.

6.2. Deducción en el supuesto de AIB y en aquellos en que se produce la inversión del sujeto pasivo

Tanto para estas operaciones de AIB como aquellas en las que se produce la inversión del sujeto pasivo y el lugar de realización de las mismas es el territorio de aplicación del impuesto (TAI), el sujeto pasivo además de autorrepercutirse el impuesto se deducirá la cuota, en la medida en que tenga derecho a ello, de acuerdo con el Título VIII de la Ley del IVA.

Tanto en un caso como en otro, el tipo impositivo será el del momento del devengo, aun cuando la deducción la efectúe en un periodo de liquidación distinto de aquel en que se autorrepercuta. Debe tenerse en cuenta que, al igual que en el caso de las AIB, en aquellos en que se produce la inversión del sujeto pasivo, este no debe emitir autofactura alguna.

La generalización de la regla de inversión en las prestaciones de servicios cuando el prestador radica fuera del TAI y el destinatario es un empresario o profesional en este territorio, localizándose las operaciones en el mismo, lleva consigo la importancia de estas operaciones en cuanto a la determinación del tipo impositivo.

EJEMPLO 12:

Un empresario dedicado a la consultoría, establecido en Italia, presta un servicio de esta naturaleza a un empresario establecido en Zamora, dedicado al sector financiero, estando en prorrata del 60 por 100. La prestación de servicio concluye el 30 de agosto de 2012, si bien la factura expedida por el empresario italiano se recibe en Zamora el 7 de septiembre de 2012.

Ambos empresarios tienen asignado NIF a efectos de IVA por sus respectivas Administraciones tributarias, y así se lo notifican entre ellos.

Solución:

La operación se localiza en el TAI, por la regla general de localización de las prestaciones de servicios entre empresarios o profesionales sujetos pasivos, prevista en el artículo 69.Uno.1.º de la LIVA; siendo sujeto pasivo por inversión el empresario español, de acuerdo con el artículo 84.Uno.2.º de la LIVA.

El devengo de la operación se produce el 30 de agosto de 2012, siendo el tipo impositivo aplicable a esta operación del 18 por 100, y no del 21 por 100.

Teniendo en cuenta que el empresario español está en prorrata, se autorrepercutirá al tipo del 18 por 100, deduciéndose exclusivamente el 60 por 100 de la cuota, dado que está en prorrata. De haber aplicado el tipo impositivo vigente a partir del 1 de septiembre de 2012, hubiera tenido un coste adicional por la parte de cuota al tipo del 21 por 100 que no puede ser objeto de deducción, al aplicar la regla de prorrata.

7. MODIFICACIONES DE LA BASE IMPONIBLE DE LAS OPERACIONES SUJETAS A IVA

La base imponible puede ser objeto de rectificación de acuerdo con los criterios contenidos en el artículo 80 de la LIVA. Por ello, dado que nos encontramos ante momentos temporales distintos, el de producción del hecho imponible o devengo y el de la rectificación de la base imponible, se plantea la cuestión de la modificación de los tipos impositivos que se produzca durante este periodo y su aplicación en el momento de efectuar la rectificación de las operaciones que conllevará no solo la modificación de la base imponible, sino también la repercusión del impuesto (de acuerdo con el art. 89 de la LIVA).

Teniendo en cuenta que estas rectificaciones suponen una alteración de la base imponible, y que el hecho imponible ya se ha producido con la entrega del bien o con la prestación de servicios, como regla general deberemos considerar el tipo impositivo vigente en el momento del hecho imponible también cuando se produzca la rectificación de la base imponible, puesto que en otro caso podrían producirse situaciones de enriquecimiento injusto bien para la Administración tributaria, o para el sujeto pasivo.

Por tanto, el tipo impositivo que aplicaremos en las rectificaciones de la base imponible será el vigente en el momento en que se produjo el devengo de las operaciones, considerando las reglas del artículo 75 de la LIVA, puesto que, en principio, la rectificación de las bases imponibles no supone una alteración del devengo.

Cuestión distinta es que tratemos como rectificación de la base imponible un incremento del número de bienes o de las prestaciones de servicios que se pactaron inicialmente, y cuyo devengo se produce con posterioridad. En este caso no estamos propiamente ante una rectificación de la base imponible, sino ante nuevas operaciones, cuyo devengo se produce con posterioridad a las inicialmente pactadas y, por ello, aplicaremos el tipo impositivo vigente en el momento en que se produce este nuevo devengo.

La DGT ha mantenido también estos criterios, entre otras, en las Consultas V2835/2009 (NFC037114) de 29 de diciembre, V0644/2010 (NFC037799) de 8 de abril, V2189/2010 (NFC039420) de 1 de octubre, y V2488/2010 (NFC039676) de 19 de noviembre, en relación con los descuentos y bonificaciones que se conceden con posterioridad al devengo de la operación, como son los *rappels* o los descuentos por pronto pago, y errores materiales en la facturación.

Las conclusiones a las que llega el órgano consultivo pueden sintetizarse en las siguientes:

- En el supuesto en el que los proveedores o los prestadores otorgan al destinatario de las operaciones un *rappel* anual por volumen de compras, dichos proveedores deberán rectificar la base imponible de las entregas de bienes o de las prestaciones de servicios efectuadas al destinatario y documentar dicha rectificación mediante la expedición de una factura rectificativa en la forma prevista en el artículo 13 del Reglamento de facturación.
- Puesto que el tipo impositivo aplicable es el vigente en el momento del devengo del IVA, en el caso de que exista una variación de tipos impositivos en un periodo o año determi-

nado y los proveedores o prestadores apliquen un *rappel* anual, dicho *rappel* deberá tener en cuenta dicha circunstancia, de forma que las bases imponibles y la rectificación de las mismas se determinen teniendo en cuenta el tipo impositivo aplicado en cada periodo en el que estuvieron vigentes los correspondientes tipos impositivos a los que correspondan los *rappels*.

- La factura rectificativa que deben expedir los proveedores o los prestadores para documentar la modificación de la base imponible, como consecuencia del otorgamiento de un *rappel* anual, deberá expedirse en el momento del otorgarse dichos *rappels*, con independencia de que la factura, expedida en un año determinado, tenga por objeto documentar *rappels* concedidos en el año precedente.
- En estas facturas rectificativas se deberá consignar el mismo tipo impositivo que en la factura rectificada, que debió ser el que estaba vigente en el momento del devengo del IVA. Esto es, no se consigna el tipo vigente en el momento de efectuarse la rectificación que corresponda, sino el que resulte aplicable de acuerdo con el momento del devengo del impuesto.
- Las facturas rectificativas recibidas deberán anotarse en el libro registro de facturas recibidas por el orden en que se reciban y dentro del periodo de liquidación a que se refieran, es decir, al que corresponda su anotación.
- La rectificación de las cuotas soportadas, como consecuencia de la percepción de unos *rappels* anuales, documentada en la correspondiente factura rectificativa, deberá efectuarse en la declaración-liquidación correspondiente al periodo impositivo en que el sujeto pasivo reciba el correspondiente documento justificativo, es decir, la referida factura rectificativa.
- En el caso en el que por errores materiales se facturen incorrectamente determinadas entregas de bienes o de prestaciones de servicios, en la factura rectificativa que se expida con la finalidad de rectificar dichos errores se deberá consignar el mismo tipo impositivo que en la factura rectificada, que debió ser el que estaba vigente en el momento del devengo del IVA en dicho momento.

EJEMPLO 13:

Un empresario dedicado a la venta de artículos de papelería ha transmitido a otro sujeto pasivo del impuesto bienes durante el primer semestre del ejercicio 2012 por importe de 50.000 euros, todo ello documentado en diferentes facturas cuyo devengo ha tenido lugar a lo largo de este periodo, aplicando el tipo impositivo del 18 por 100.

A fecha 1 de septiembre de 2012 varía el tipo impositivo general al 21 por 100 y el proveedor, dado el volumen de ventas efectuado durante el primer semestre, concede al adquirente un *rappel* del 5 por 100 sobre el volumen de operaciones del este periodo, emitiéndose la factura rectificativa el 5 de septiembre de 2012.

.../...

.../...

Solución:

A las operaciones efectuadas durante el primer semestre de 2012 el proveedor repercutirá el tipo general vigente en el mismo, esto es, el 18 por 100, puesto que el devengo de las entregas se ha producido durante este periodo.

A fecha 5 de septiembre de 2012 emite una factura rectificativa que, de acuerdo con la normativa reguladora del IVA, puede comprender todas las operaciones realizadas en el periodo al que se refiere el *rappel*. Por ello, emitirá una única factura considerando el tipo impositivo vigente del periodo al que se refiere el *rappel*, esto es, el 18 por 100 y no el 21 por 100 (vigente en el momento en que se extiende la factura). Por ello, el contenido de la misma podrá ser:

<i>Rappel</i> por volumen de operaciones primer semestre 2012	(250)
Tipo impositivo	18%
Cuota	45
Total factura abono <i>rappel</i>	(295)

8. OPERACIONES CON LOS ENTES PÚBLICOS SUJETOS A LA REGLA DE REPERCUSIÓN DEL ARTÍCULO 88.UNO, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LIVA

En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas cuyos destinatarios son los entes públicos, se entiende siempre que los sujetos pasivos, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el IVA que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido.

Esta regla específica sobre repercusión del impuesto se aplica cuando la actuación de la Administración pública se efectúa dentro del marco de la licitación o actividad pública encomendada al órgano administrativo competente (esto es, el marco de la legislación pública sobre contratación administrativa, esencialmente); y ello por cuanto, si se realiza fuera del marco administrativo, quedará excluida la Administración del régimen especial que recoge el artículo 88.Uno, párrafo segundo de la LIVA [en este sentido se ha pronunciado el TEAC en Resoluciones de 3 de mayo de 2007, RG 1237/2006 (NFJ026739) y de 12 de marzo de 2008, RG 2431/2006 (NFJ034519); así como la AN en Sentencia de 21 de julio de 2005, recurso 721/2003 (NFJ021363)]. De esta forma las actividades de los entes públicos en el tráfico puramente privado, tráfico civil regido por el principio de autonomía de la voluntad de

las partes y del sometimiento a lo pactado, no aplicaremos la regla específica que estamos examinando; como también quedan fuera aquellas actividades al margen de la normativa contractual administrativa (es el caso de las expropiaciones forzosas, en las que no aplicaremos la regla que se está examinando).

En los casos en que la actividad queda encuadrada en el marco de la licitación o actividad pública encomendada al órgano administrativo competente, el sujeto pasivo, cuando presenta su oferta, esta lleva incluido el IVA y la Administración adjudicará el contrato por el importe de la oferta. Ahora bien, el hecho imponible (la entrega del bien o la prestación del servicio) no se ha realizado todavía, por lo que se plantea el problema de las variaciones de los tipos impositivos entre el momento de presentación de la oferta por el sujeto pasivo o de adjudicación del contrato y aquel en que se produce el devengo de la operación, cuando se pone el bien a disposición del Ente Público o se realiza la prestación del servicio.

Con carácter previo, hemos de considerar como precio cierto del contrato el de adjudicación menos la cuota del IVA calculado al tipo vigente en el momento de la adjudicación del contrato; y que el precio de adjudicación ha de entenderse con las modificaciones contractuales que pudieran afectarle, tales como proyectos reformados, revisiones de precios o cualquier otro concepto, como consecuencia de la aplicación de las normas legales existentes al efecto.

De esta forma si la variación del tipo impositivo tiene lugar entre la fecha de la oferta y de la adjudicación, la Administración debería tener en cuenta la misma en el acuerdo de adjudicación, de forma que el importe total del contrato (IVA incluido) se ajuste al nuevo tipo impositivo, esto es, se cumplirá aplicando al precio cierto del contrato el tipo impositivo correspondiente al momento en que se devenga el impuesto.

En otro caso, y considerando que el devengo se produce cuando se entrega el bien o se presta el servicio, el tipo aplicable a la operación será el vigente en ese momento. Por ello, si el tipo impositivo es distinto de aquel que se hizo constar en la oferta presentada por el sujeto pasivo, deberemos de tener en cuenta el vigente en el momento del devengo y no el de la oferta, lo que significa que el Ente Público deberá proceder, de acuerdo con las normas presupuestarias, a ajustar el importe de la adjudicación al nuevo resultante de la aplicación del tipo impositivo modificado. Por su parte, el sujeto pasivo deberá emitir factura en la que se repercuta sobre el precio o contraprestación el nuevo tipo impositivo.

Por ello, a los contratos que haya celebrado la Administración pública que se encuentren pendientes de ejecución, en todo o en parte, a la fecha de entrada en vigor de los nuevos tipos impositivos, y en cuyos precios de oferta se hubiera incluido el IVA, de acuerdo con lo previsto en los artículos 88.Uno de la LIVA y 25 del RIVA, y respecto de los que no se hubiera devengado todavía el impuesto, el órgano administrativo competente deberá abonar al contratista el precio cierto del contrato incrementado en la cuota del IVA correspondiente al momento en que se devengue, esto es, el tipo impositivo vigente en este momento, y no el que figure en la oferta presentada por el contratista o en el acuerdo de adjudicación, si el tipo impositivo ha sufrido variación con posterioridad a estas fechas.

Hay que recordar que la DGT emitió la Circular 2/1992 (NFL001790), de 22 de enero de 1992, por la que se dictan los criterios para la aplicación del IVA en los contratos del Estado, cuando se produce una variación del tipo impositivo (BOMEH número 4/1992), que recoge también los anteriores criterios.

Finalmente, debe advertirse que, como consecuencia de la variación de los tipos impositivos durante la vigencia del contrato, no tiene lugar una modificación de la base imponible fijada en el precio de oferta, sino que será esa misma base imponible, fijada de acuerdo con las condiciones contractuales, sobre la que se aplicará el tipo impositivo vigente en el momento del devengo.

EJEMPLO 14:

Si el precio de oferta, IVA incluido al tipo del 18 por 100, presentado por el contratista ha sido de 1.180.000 euros, y se ha adjudicado por este importe el contrato, concurriendo ambas circunstancias entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2012, y la ejecución del contrato se produce a partir del día 1 de septiembre de 2012, la base imponible será la siguiente:

$$1.180.000 : 1 + 18\% = 1.000.000$$

Sobre esta base imponible aplicaremos el tipo general vigente en el momento en que se ha ejecutado el contrato y se ha producido el devengo, esto es, el 21 por 100.

En este mismo sentido se ha pronunciado la DGT, entre otras, en Consultas V0602/2010 (NFC037481) de 26 de marzo, V0336/2011 (NFC040470) de 14 de febrero y V1842/2011 (NFC042171) de 20 de julio, al indicar que en los contratos celebrados con los Entes Públicos se aplicará el tipo impositivo vigente en el momento de producirse el devengo, con independencia del tipo impositivo que se hiciera constar en la oferta presentada por el sujeto pasivo, o en el acuerdo de adjudicación del contrato.

EJEMPLO 15:

Un empresario concurre a un contrato de suministro de ordenadores para un Ente Público, sujetándose la licitación a la normativa sobre contratos públicos. Presenta una oferta por importe total de 1.180.000 euros, que comprende 1.000.000 de base imponible y 180.000 de IVA a repercutir en el momento en que se produzca el hecho imponible (la entrega de los bienes o recepción de los mismos por el Ente Público). La adjudicación tiene lugar el 1 de marzo de 20X1, siendo el tipo general vigente en ese momento del 18 por 100.

La entrega de los ordenadores y recepción de los mismos por el Ente Público tiene lugar el 1 de septiembre de 2012, fecha en la que ha entrado en vigor un tipo impositivo general del 21 por 100.

.../...

.../...

Solución:

El empresario deberá emitir la factura teniendo en cuenta que el devengo se ha producido el 1 de septiembre de 2012, por lo que aplicará a la operación el tipo impositivo vigente en ese momento.

Por ello, repercutirá al tipo del 21 por 100 y la factura será la siguiente:

Ordenadores	1.000.000
Tipo impositivo	21%
Cuota	210.000
Total factura	1.210.000

Por otro lado, respecto de las ejecuciones de obra cuyo destinatario sea un Ente Público que originen certificaciones de obra, ya hemos efectuado las consideraciones necesarias en el epígrafe 3.2. anterior; si bien podemos señalar las siguientes consideraciones:

- El tipo impositivo aplicable es el vigente en el momento del devengo de las operaciones que, en caso de ejecución de obras, se produce aplicando lo dispuesto en el artículo 75.Uno, número 2.º bis de la LIVA, con independencia de cuál sea el tipo impositivo que se tuvo en cuenta al formular la correspondiente oferta. Por tanto, dicho devengo se produce cuando tenga lugar la recepción de las obras.
- A las certificaciones de obra que no hayan sido objeto de recepción, pero cuyo pago efectivo se produzca con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo tipo impositivo, se aplicará el tipo impositivo vigente anterior.
- También será aplicable el tipo impositivo vigente con anterioridad a la modificación a las certificaciones finales, ya sean totales o parciales, que documenten obras que hayan sido objeto de recepción con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo tipo impositivo.
- A las certificaciones correspondientes a obras que sean objeto de recepción con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo tipo impositivo les resultará aplicable este último, salvo que se abone anticipadamente antes de dicha fecha, en que resultará aplicable el tipo vigente en la fecha de pago.
- A las certificaciones que no hayan sido objeto de recepción formal, ni parcial ni total, antes de la entrada en vigor del nuevo tipo impositivo y que se expiden con anterioridad a dicha fecha abonándose después de la misma, les resultará aplicable el nuevo tipo impositivo, con independencia del momento en que se lleve a cabo la fiscalización por parte de la Intervención del reconocimiento de las obligaciones que se derivan de dicha certificación.

- La factura que debe expedirse como consecuencia de la recepción de una obra certificada total o parcialmente o bien por el abono de un pago anticipado, reflejará el tipo impositivo que corresponda en función de los criterios de devengo anteriores, sin que resulte procedente expedir factura rectificativa cuando para una misma obra una parte se grave a un tipo y otra a otro diferente, como consecuencia de una modificación legislativa. Ahora bien, si se expide una factura con la aplicación incorrecta del tipo impositivo, debe expedirse una factura rectificativa y ajustada a los requisitos que establece el artículo 13 del Reglamento de facturación.
- El hecho de que hubiera discrepancia entre la Administración y el contratista una vez finalizada y recepcionada la obra entorno al proyecto liquidativo de las obras con la totalidad de las unidades ejecutadas y las mediciones definitivas no modifica las conclusiones anteriores, de forma que a la certificación final de obra que recoja las conclusiones alcanzadas en dicho proyecto le resultará de aplicación el tipo impositivo vigente en el momento en que se produjo el devengo, esto es, cuando fue recepcionada la obra.

En este sentido se ha pronunciado también la DGT, entre otras, en Consultas V0602/2010 (NFC037481) y V0603/2010 (NFC037485) de 26 de marzo, V0644/2010 (NFC037799) de 8 de abril, V1057/2010 (NFC037795) de 19 de mayo, V1397/2010 (NFC038584) de 21 de junio, V1639/2010 (NFC038945) de 16 de julio, V2018/2010 (NFC039196) de 14 de septiembre, V0279/2011 (NFC040413) de 8 de febrero, V0774/2011 (NFC040998) de 25 de marzo, V1830/2011 (NFC042127) de 19 de julio, V1840/2011 (NFC042155) y V1841/2011 (NFC042164) de 20 de julio, V2908/2011 (NFC043230) de 15 de diciembre, V0356/2012 (NFC043799) de 17 de febrero y V0540/2012 (NFC044045) de 12 de marzo.

Esto mismo sucederá respecto de los contratos suscritos con la Administración pública relativos a suministros de materiales, cuando se emitan certificaciones periódicas por los suministros realizados por cada uno de los periodos fijados en el contrato.

De esta forma, si durante la vigencia de los contratos de carácter plurianual adjudicados por la Administración pública se produjera una modificación del tipo impositivo, se aplicará aquel que esté vigente en el momento del devengo de las operaciones, con independencia del tipo impositivo que se tuvo en cuenta al formular la correspondiente oferta.

El IVA se devenga, en el supuesto de entregas de bienes, de acuerdo con el artículo 75.Uno.1.º de la LIVA, en el momento en que los bienes se ponen a disposición del destinatario, de forma que a los contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo tipo impositivo pero cuyas operaciones de entrega se producen a partir de la fecha de modificación del tipo, se exigirá el tipo impositivo vigente en el momento de efectuar la entrega de los bienes, con independencia de que en las ofertas se hubiera tenido en cuenta el tipo aplicable con anterioridad a la vibración. Y en el supuesto de existir pagos a cuenta, el tipo impositivo aplicable a estos será el vigente en el momento en que se realicen efectivamente los pagos.

En este mismo sentido se ha pronunciado la DGT, entre otras, en Consultas V1210/2010 (NFC038355) y V1211/2010 (NFC038357) de 1 de junio y V2349/2010 (NFC039560) de 28 de octubre.

LA PRETENDIDA IMPLANTACIÓN DE UN IMPUESTO SOBRE LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura*

Extracto:

EL presente trabajo analiza, a la luz de las recientes experiencias acometidas por la Administración norteamericana y por los Gobiernos francés y alemán y, sobre todo, atendiendo a la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea, los distintos argumentos a favor y en contra existentes para la implantación en nuestro país de un gravamen sobre las transacciones financieras internacionales (la comúnmente conocida como «tasa bancaria») destinada a introducir orden y equidad en los mercados financieros y, en última instancia, a consensuar una visión común que permita evitar posibles distorsiones de la competencia y desarrollar una capacidad de gestión de crisis transfronteriza.

Palabras clave: entidades financieras, transacciones financieras, impuesto, crisis y provisión.

THE IMPLEMENTATION OF AN ALLEGED FINANCIAL TRANSACTIONS TAX

JUAN CALVO VÉRGEZ

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Extremadura*

Abstract:

THIS paper examines, in light of recent experiences undertaken by the U.S. administration and by the French and German and, above all, in response to the Proposal for a Directive by the European Commission, the various arguments for and against existing for implementation in our country of a tax on international financial transactions (commonly known as the «bank rate») intended to bring order and fairness in financial markets and, ultimately, to agree on a common vision to avoid distortions competition and develop a capacity for cross-border crisis management.

Keywords: financial institutions, financial transactions, tax, economic crisis and provision.

Sumario

- I. Análisis de la postura adoptada por la Administración norteamericana.
- II. Análisis de la cuestión desde la perspectiva comunitaria. La Propuesta de Directiva de la Comisión.
- III. Actuaciones acometidas por Francia y Alemania.
- IV. Estudio de la línea de actuación adoptada por el Gobierno español.
- V. Reflexiones finales.

I. ANÁLISIS DE LA POSTURA ADOPTADA POR LA ADMINISTRACIÓN NORTEAMERICANA

Como seguramente se recordará, con fecha de 14 de enero de 2010 la Administración norteamericana acordó la imposición de una tasa a los bancos destinada a recuperar en su conjunto las cantidades destinadas a las ayudas públicas. Dicho gravamen, del 0,15 por 100, estaría en vigor durante 10 años y resultaría aplicable a las firmas con más de 50.000 millones de dólares en activos.

Ciertamente se trataba de una medida que resultó adoptada a raíz del conocimiento por parte de la Administración norteamericana de las enormes ganancias y las bonificaciones concedidas por aquellas entidades bancarias que fueron auxiliadas por el Gobierno. Tal y como se ha señalado la aplicación del referido gravamen se produciría durante los próximos diez años, incidiendo sobre las principales firmas bancarias y financieras, teniendo como principal objetivo la devolución de unos 117.000 millones de dólares (aproximadamente 81.000 millones de euros) concedidos a estas entidades de las arcas públicas ¹.

Ya en su día la aplicación de esta propuesta recibió el apoyo de la Presidencia de la Unión Europea (UE) (que por aquel entonces correspondía a España), concretándose la misma en la imposición de un gravamen que habría de estar vigente por lo menos diez años, aplicándose a todas aquellas firmas con más de 50.000 millones de dólares en activos ². De acuerdo con los datos facilitados

¹ Mediante la imposición del citado gravamen se preveía recaudar unos 90.000 millones de dólares, los cuales se destinarían a compensar a los contribuyentes estadounidenses por el paquete de rescate facilitado a *Wall Street* al final de la anterior Administración *Bush*.

² Concretamente durante el mes de junio del pasado año 2010 la UE se comprometió a fijar la nueva tasa para las entidades bancarias, acordando así la introducción de una tasa a los bancos que, sin embargo, fue posteriormente rechazada durante la Cumbre del G-20 celebrada entre los días 23 y 27 de junio de 2010 en Toronto (Canadá), junto con la aplicación de un posible gravamen a las transacciones financieras. En líneas generales, el acuerdo alcanzando en el seno del Consejo Europeo

en su día por la Administración norteamericana, el 60 por 100 de dicha recaudación provendría de las diez mayores firmas financieras de Estados Unidos. Como seguramente se recordará ya en el mes de octubre de 2008 el Gobierno estadounidense asignó unos 700.000 millones de dólares destinados a impedir el colapso del sistema financiero, así como una porción mayor de dichos fondos con la finalidad de sustentar a los grandes bancos y empresas financieras.

Lo cierto es, sin embargo, que esta actuación de rescate fue transformándose progresivamente en una decisión controvertida, a medida que las entidades financieras norteamericanas comenzaron a satisfacer las bonificaciones a sus ejecutivos y los dividendos a sus accionistas, mientras el desempleo se mantenía elevado y la economía solo mostraba indicios de reactivación. Y, a este respecto, se estimó por parte del Gobierno norteamericano que si las entidades bancarias se encontraban en tan buenas condiciones como para pagar bonificaciones enormes, seguramente estarían en condiciones de devolver el dinero a los ciudadanos.

La aprobación de la citada medida se sumó, además, a la de un paquete de medidas que incluía un fondo de garantía de depósitos y la prohibición a los bancos de que apuesten en Bolsa con su propio dinero.

Frente a esta actuación decidida por parte del Gobierno norteamericano los grupos de presión que operaban en el país y que representaban a la banca prepararon una campaña agresiva destinada a impedir la aprobación del gravamen, que consideraban una medida populista del Gobierno, argumentándose además que el dinero recaudado por el gravamen se sacaría del sistema bancario, donde podría utilizarse para respaldar nuevos préstamos.

Así las cosas, dados los bonos multimillonarios que las principales firmas financieras norteamericanas empezaron a abonar a sus ejecutivos mientras la tasa de paro se situaba por aquel entonces en el 10 por 100, el Gobierno de Estados Unidos resolvió que, si bien no podía entrar a regular los sueldos, sí que podía aplicar un impuesto especial a los bancos que le ayudase a cortar el déficit y a recuperar el conjunto de las cantidades satisfechas en su día a aquellos procedentes de ayudas públicas, obteniendo así un mayor rendimiento de los fondos públicos inyectados en el sistema financiero.

De este modo el Gobierno norteamericano perseguía desincentivar la asunción excesiva de riesgos que llevó en fechas pasadas a numerosas entidades financieras del citado país al colapso

contemplaba la imposición de una tasa a la banca que contribuyese a lograr un reparto equitativo del coste de la crisis financiera y a una mayor estabilidad del sistema. En la citada reunión del Consejo Europeo se acordó igualmente, a iniciativa de los Gobiernos francés y alemán, proponer al G-20 el estudio de la implantación de un gravamen sobre las transacciones financieras, a pesar de que la adopción de dicha medida fue ya en su día rechazada en la Cumbre que el citado Grupo celebró en la ciudad de Seúl (Corea del Sur). El principal objetivo perseguido en el presente caso no sería otro que gravar los activos ponderados por riesgo, las transacciones y los beneficios obtenidos por las citadas entidades. *A priori* la articulación de dicho gravamen podría producirse a través de la creación de un nuevo fondo bancario destinado a prevenir futuras crisis o bien como un impuesto a ingresar directamente en las arcas públicas del Estado. Por su parte, el G-20, tras su reunión celebrada en Toronto (Canadá) los días 26 y 27 de junio de 2010, decidió no apostar por la adopción de un conjunto de medidas expresamente destinadas al sector bancario, a pesar de la movilización de fondos producida en su día con la finalidad de afrontar la crisis. El citado Grupo rechazó así la aprobación de dicha iniciativa en la pasada cumbre celebrada en Toronto (Canadá), ante la resistencia ofrecida por las economías en auge (Brasil, China e India, principalmente), así como por otros países desarrollados que no sufrieron la reciente crisis financiera, como Australia o Canadá.

financiero mediante la imposición de esta tasa, que quedaría incluida en los Presupuestos norteamericanos para 2011.

Inicialmente Washington se opuso a la idea europea de imponer una tasa global a las transacciones financieras, al estimarse desde el Departamento del Tesoro norteamericano que las entidades bancarias terminarían trasladando el gravamen al cliente, requiriéndose además el desarrollo de una importante labor de coordinación internacional. Igualmente se descartó la posibilidad de someter a gravamen los controvertidos bonos percibidos por los grandes ejecutivos de estas firmas, al estimarse que estos podrían terminar «esquivando» la imposición del referido gravamen ³.

Dada esta situación, y en tanto en cuanto algunas de estas entidades financieras ya habían devuelto las ayudas públicas percibidas, se optó como vía intermedia por establecer un gravamen sobre los bancos en función de sus ingresos. Ahora bien, a pesar de que inicialmente la Cámara de Representantes votó en marzo de 2010 a favor de la imposición de una tasa del 90 por 100 a aquellas compañías que hubiesen recibido ayudas del Gobierno federal superiores a 5.000 millones de dólares, el Senado norteamericano fracasó en su intento de imponer una tasa del 70 por 100.

II. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA COMISIÓN

La aprobación por parte de la UE en la Reunión de Ministros de Economía y Finanzas de la UE (ECOFIN) celebrada en Bruselas el 7 de septiembre de 2010 de la aplicación de una tasa al conjunto de las transacciones financieras destinada a sufragar futuras crisis tuvo su origen en una propuesta planteada por los Estados francés y alemán, esto es, por las dos principales economías del bloque. El principal objetivo perseguido con la aprobación de esta medida no fue otro que evitar que, en un futuro, las eventuales situaciones de crisis financiera que puedan llegar a producirse terminen siendo pagadas nuevamente por los contribuyentes, como ha sucedido recientemente.

Ya con anterioridad la UE propuso, en la reunión de su Comisión Europea celebrada a finales de mayo de 2010, el estudio de la implantación de una tasa similar para los países miembros destinada a evitar el surgimiento de reacciones en cadena provocadas por la eventual quiebra de una concreta entidad financiera, que podrían terminar afectando al conjunto del sistema financiero. Se acordó así en el seno de la UE la imposición de una tasa a los bancos destinada a crear fondos para el rescate de entidades en riesgo de quiebra y evitar que los costes recaigan en los contribuyentes.

Dicha propuesta fue presentada por el Ejecutivo comunitario a través de una «Comunicación» (documento no legislativo) con opciones sobre los llamados «fondos de resolución» para futuras cri-

³ Así, por ejemplo, se estima que solo *Goldman Sachs* podría haber satisfecho remuneraciones por valor de 18.000 millones de dólares (12.400 millones de euros), a pesar de que recientemente la citada entidad financiera anunció cambios en la estructura de pagas a sus ejecutivos destinados a reducir las primas en efectivo y a compensar con acciones.

sis financieras, avanzándose además en el debate sobre la cuestión dentro del ámbito de la UE, sin esperar a un acuerdo a escala mundial. Mediante la presentación de la citada Comunicación se propugnó la creación de una red armonizada de fondos de resolución sufragados con contribuciones anticipadas de las entidades. No se trataba de la obtención de dinero con la finalidad de rescatar bancos en quiebra, sino de fondos que permitiesen gestionar de forma ordenada la insolvencia de una entidad, de manera que no desestabilice al conjunto del sistema financiero. Se hacía necesario, además, consensuar una visión común para evitar posibles distorsiones de la competencia y desarrollar una capacidad de gestión de crisis transfronteriza.

Con fecha de junio de 2010 el Consejo Europeo instó a que los Estados miembros introdujeran sistemas de tasas e impuestos sobre las instituciones financieras para garantizar una justa distribución de la carga. Así quedó puesto de manifiesto en las Conclusiones del Consejo Europeo de 17 de junio de 2010 (EUCO 13/10), parágrafo 16. Al objeto de evitar que dichos impuestos pudieran llegar a producir efectos distorsivos sobre el mercado, el Consejo Europeo invitó al Consejo y a la Comisión a impulsar el análisis de las características que habrían de tener estos impuestos y a presentar nuevas conclusiones en octubre de 2010.

De este modo con carácter inicial la Comisión Europea presentó un documento de trabajo *non paper* en el que se analizaban las distintas posibilidades y su capacidad recaudatoria, recogiendo la adopción de distintas propuestas, todas ellas destinadas a evitar que quienes incumplan el límite de déficit establecido al efecto pierdan fondos. El referido documento presentado por la Comisión propuso, inicialmente, la aplicación de dos posibles modalidades impositivas. En primer lugar, una Tasa a las Transacciones Financieras (TTF), inspirada en la llamada «Tasa Tobin»⁴ y que se aplicaría al tráfico de operaciones financieras. Y, en segundo término, una Tasa sobre la Actividad Financiera (TAF), que gravaría el volumen de negocio de las actividades llevadas a cabo por las distintas entidades financieras. Por el contrario la Comisión rechazó la aplicación de otras figuras adoptadas en determinados Estados tales como los impuestos a los bonos de los directivos (medida adoptada por la Administración norteamericana), la aprobación de un recargo al impuesto sobre la renta en el sector financiero o la aplicación de la Tasa a las Transacciones en Divisas, al estimarse que todas ellas ya se encuentran incluidas de alguna manera en alguno de los dos grupos.

En relación con la TTF (promovida en su día desde la Eurocámara), las propuestas planteadas desde Bruselas fueron dos. Una primera fundamentada en una base amplia (TFF1), que gravaría todo tipo de operaciones realizadas con acciones, obligaciones, bonos, divisas y productos derivados y cuya capacidad de recaudación podría oscilar entre los 145.000 y los 372.000 millones de euros anuales, aplicando un tipo del 0,1 por 100 sobre el volumen de las transacciones⁵.

⁴ Dicha tasa fue denominada así en atención a su impulsor, el Profesor de Economía de la Universidad de Yale y ganador del Premio Nobel James TOBIN que en su origen proponía la obligación de pagar un tributo por cambiar moneda. Dicho profesor planteó en el año 1972 la creación de una tasa sobre las transacciones financieras destinada a frenar la volatilidad del mercado de divisas, defendiendo la aplicación a nivel internacional de un impuesto que sometiese a gravamen las operaciones de cambio de divisas al objeto de tratar de mantener el sistema de cambios fijos impuesto en los Acuerdos de *Breton Woods* en 1944. Se trataba, en definitiva, de un impuesto sobre las transacciones con divisas que pretendía evitar los efectos perniciosos de la liberalización de la convertibilidad de las monedas, tras el abandono unilateral del patrón oro por Estados Unidos. Sin embargo, dicha propuesta nunca llegó a impulsarse.

⁵ Dichos datos fueron facilitados por el Instituto de Investigación Económica de Austria.

Desde nuestro punto de vista, son varios los inconvenientes que suscitaría la aplicación de esta primera figura, entre otros la recaudación de las operaciones de productos derivados (la mayor parte de las cuales, como es sabido, se realizan fuera de mercado en transacciones bilaterales), o el hecho de que aproximadamente un 71 por 100 de la recaudación fuese destinada al Reino Unido, que es donde mayoritariamente se celebran estas operaciones.

Una segunda modalidad, de carácter más restringido, sería la denominada TFF2, al amparo de la cual se gravarían únicamente las transacciones efectuadas con acciones y bonos. En este caso la recaudación obtenida oscilaría entre los 57.000 y los 64.000 millones anuales.

Por lo que respecta a la segunda alternativa planteada, la implantación de la TAF, que gravaría los beneficios y las remuneraciones pagadas por las actividades financieras, varios fueron igualmente los escenarios contemplados en relación con su implantación. Uno de los modelos previstos al efecto preveía la obtención de una recaudación de 26.200 millones de euros anuales en el conjunto de la UE. La citada tasa presentaba la ventaja de poder aplicarse de manera claramente diferenciada en cada país. Siguiendo el ejemplo citado, en el caso de España supondría una recaudación de 1.900 millones de euros anuales, mientras que Alemania y Francia lograrían 4.400 y 3.200 millones de euros respectivamente.

De cualquier manera ha de quedar claro que la creación de estas figuras impositivas habría de ser completamente independiente de las tasas previstas en la reciente reforma financiera aprobada en el ámbito comunitario y destinada a la constitución de dos fondos. De una parte, un Fondo de Resolución *Bank Levy*, constituido a base de contribuciones o tasas a los bancos para disponer de recursos suficientes para ayudar a reflotar o liquidar las entidades fallidas. Y, de otra, un segundo fondo formado con contribuciones que habría de servir para disponer de los recursos necesarios que permitan garantizar los depósitos de los particulares, los cuales actualmente cuentan con garantía mínima de 100.000 euros por cuenta.

Este acuerdo inicialmente adoptado al que nos referimos no concretó plazos ni detalló cómo habría de cobrarse dicho gravamen⁶, dejando su aplicación en manos de cada Estado, lo que sin duda alguna restó fuerza a la idea inicial de crear un fondo a nivel europeo, convirtiéndose en una medida de eventual aplicación a largo plazo. Con fecha de 17 de junio de 2010 se alcanzó un principio de acuerdo destinado a la aplicación de dicha tasa a los bancos destinada a sufragar futuras crisis, así como a lograr un reparto equitativo del coste de la crisis financiera y una mayor estabilidad del sistema. La imposición de dicha tasa operaría como un mecanismo de retención fiscal que posibilitase garantizar una distribución igualitaria de la carga derivada de la reciente crisis económica padecida, así como la introducción de una tasa mundial sobre las transacciones financieras. Todo ello con el objetivo último de alcanzar una reducción del déficit y de la deuda, tanto pública como privada.

A través de dicho acuerdo la UE propuso al Fondo Monetario Internacional (FMI) el cobro de una tasa mundial a las transacciones financieras con el objetivo de promover una gestión eficaz de

⁶ En efecto, nada se señaló en dicha Comunicación acerca de su montante ni del método de cálculo a seguir. Si se preveía, en cambio, que su financiación se articulase a través de los propios bancos con la finalidad de minimizar el coste para los contribuyentes de la reestructuración de un banco insolvente.

los riesgos para evitar futuras crisis ⁷. De este modo, tras el respaldo otorgado por los Gobiernos de Francia y Alemania a la decisión de Reino Unido de cobrar un impuesto del 50 por 100 a los sobresueldos de los banqueros, la UE optó por ir más allá en su intención de acometer una reforma de los órganos de control y supervisión del sistema financiero internacional en aras de evitar el surgimiento de nuevas crisis mediante la aprobación de la imposición de este gravamen, inspirado en la anteriormente citada «Tasa Tobin».

Ahora bien la implantación de este tributo habría de producirse a nivel mundial mediante el establecimiento de un mínimo, con el objetivo de llegar a producir efectos y no incurrir en competencia desleal. Y, a tal efecto, estimamos que resultaría imprescindible que otros centros financieros se adhiriesen a la propuesta, al objeto de evitar que finalmente solo quedasen sometidos a gravamen los operadores comunitarios.

Lo cierto es que, dentro del propio ámbito comunitario, se suscitó la duda relativa a si dicha tasa debía limitarse a gravar activos o beneficios, así como si debía destinarse al presupuesto (tal y como, por ejemplo, defendía el Reino Unido) o si debía crearse a tal efecto un fondo destinado a liquidar bancos quebrados, como defendió la Comisión Europea. Cabía aludir en todo caso a la existencia de un compromiso de garantizar la sostenibilidad fiscal y de lograr sin demora la consecución de los objetivos presupuestarios.

Tal y como tuvo ocasión de precisar el Consejo Europeo, resulta esencial proceder a renovar el contrato económico y social existente entre las distintas instituciones financieras y la sociedad a la que sirven garantizando que los beneficios en tiempos de bonanza redunden en el bien público y queden protegidos del riesgo. Y, precisamente en atención a ello, los Veintisiete Gobiernos que integran la UE acordaron solicitar al FMI que considerase todo el rango de opciones posibles existente, incluyendo la imposición de una tasa global a las transacciones financieras, operaciones de seguros o intercambio de fondos en su revisión de los sistemas de control del sistema financiero ⁸.

⁷ Téngase presente que, por ejemplo, la reciente crisis financiera ha requerido la movilización de fondos equivalentes al 13 por 100 del PIB de la UE entre recapitalizaciones, avales, garantías y dinero líquido al sector financiero.

⁸ De un tiempo a esta parte el FMI había estudiado igualmente la posibilidad de imponer una tasa a aquellas entidades bancarias que obtengan «beneficios excesivos». La creación de dicha tasa se sumaría así a la imposición de un impuesto global a la banca, con el objetivo de que los Estados recuperen el dinero de los contribuyentes invertido en los planes de rescate que salvaron a los bancos del colapso hace ahora aproximadamente dos años. Esta especie de «tasa en los beneficios excesivos» funcionaría como un cargo impuesto al dinero en circulación de las entidades afectadas, de manera que pudieran llegar a recuperarse importantes cantidades de los bancos sin perjudicar a la estabilidad del sistema financiero. La creación de la citada tasa fue propuesta por el FMI en el Informe que el citado fondo publicó a mediados del año 2010, después de que los Gobiernos del G-20 solicitasen a aquel la evaluación de posibles vías destinadas a gravar a los bancos. A la luz de la citada evaluación el FMI descartó imponer la «Tasa Tobin» (que, como ya se ha señalado, consistiría en el establecimiento de un pequeño impuesto sobre las transacciones financieras y que, inicialmente, fue defendida ante el G-20 por el Gobierno británico). De conformidad con lo señalado por el FMI al respecto, el hecho de centrarse en la cuenta de resultados en lugar de en las transacciones efectuadas permite recuperar igualmente el dinero de las arcas públicas que salvó del colapso financiero a las entidades bancarias, evitando así que estas asuman excesivos riesgos en la adquisición de activos. Con posterioridad, con fecha de 6 de abril de 2011, se abogó desde el FMI, a través de la publicación del «Informe de Estabilidad Financiera» por el diseño de cierto tipo de mecanismos de evaluación sobre la manera en que las decisiones de gestión de la liquidez de una institución puedan perjudicar al resto del sistema financiero, al objeto de que las instituciones financieras asuman una mayor parte de la carga que generan para los bancos centrales y los gobiernos. No obstante, el FMI precisó que dicho objetivo podría lograrse mediante el

Por otro lado, y con carácter adicional a la aprobación de la citada propuesta, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Veintisiete advirtieron que aquellas políticas de remuneración que adopten las entidades financieras han de orientarse al fomento de una gestión correcta y efectiva de los riesgos para contribuir a prevenir futuras crisis económicas ⁹.

La normativa inicialmente presentada por el Consejo Europeo y posteriormente aprobada por la Eurocámara obligaba además a aquellas empresas que coticen en Bolsa a poner a disposición de sus accionistas toda la información de que dispongan sobre las remuneraciones de directivos y ejecutivos, la cual habrá de ser votada en las juntas generales de las sociedades, si bien no tendrá un carácter decisivo. Adicionalmente se prevé que las entidades financieras deban publicar información periódica sobre sus políticas de retribución, de manera que políticas de retribución centradas en el corto plazo no pongan en peligro al conjunto del sistema financiero.

Precisamente el mismo día en que tuvo lugar la aprobación de la citada medida los Jefes de Estado y de Gobierno de los Veintisiete acordaron hacer públicas las pruebas de estrés practicadas a las principales entidades financieras de la UE al objeto de comprobar su grado de resistencia a la crisis. La publicación de los resultados de dichas pruebas de estrés banco por banco tenía como principal finalidad ayudar a acabar con las «sospechas» existentes sobre la solvencia de determinadas entidades europeas, permitiendo asimismo afrontar con solidez los eventuales problemas que pudieran quedar por resolver ¹⁰. Dichas pruebas fueron publicadas de manera individual, con la finalidad de que los mercados financieros pudieran conocer la situación real de cada entidad para contribuir a generar confianza.

diseño de una «herramienta macroprudencial» que podría adoptar la forma, no solo de impuestos, sino también de recargos de capital, comisiones o primas de seguro. Como ya se ha señalado, la banca se opone a penalizaciones en función de su tamaño. E imponer un nuevo impuesto podría «presuponer» que las autoridades responsables de las políticas cuentan con una metodología sólida para medir el riesgo de liquidez sistémico y la contribución de cada institución a ese riesgo. Y dicha «presuposición» se fundamenta en la carencia de análisis sobre cómo medir el riesgo de liquidez sistémico y el grado en que cada institución contribuya a ese riesgo. A tal efecto desde el FMI se propusieron distintos métodos con los que medir el grado en que una institución contribuye al riesgo de liquidez sistémico. Dicha información serviría, en opinión del fondo, para determinar el precio de la asistencia de liquidez que una institución recibiría del banco central.

⁹ A este respecto se ha de precisar que el Gobierno español rechazó la aplicación de un impuesto del 50 por 100 a los sobresueldos de los bancos (medida esta, como se ha indicado, inicialmente promovida por el Reino Unido y respaldada por Francia y Alemania). Y, por lo que respecta a la adopción de medidas destinadas a controlar las políticas de remuneración de los bancos, dichas medidas relativas al control de los salarios quedaron recogidas en el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero.

¹⁰ Concretamente la publicación de estos resultados de las citadas «pruebas de estrés» había sido reclamada por el Gobierno español, con la finalidad de atajar las especulaciones existentes acerca de la salud financiera de nuestras principales entidades bancarias. Todo ello con el objetivo prioritario de tratar de restablecer la confianza de los mercados en la economía del bloque. A pesar de que inicialmente el Estado alemán se oponía a la publicación individualizada de estos resultados, con posterioridad terminó modificando su criterio. Por su parte, el Estado francés defendió desde un primer momento su publicación. Dichas pruebas fueron realizadas por los supervisores nacionales a partir de una metodología común elaborada por el Comité Europeo de Supervisores Bancarios (CEBS, por sus siglas en inglés), siendo su objetivo comprobar la salud del sistema financiero en su conjunto y su grado de resistencia a un agravamiento de la crisis. La primera ronda de pruebas de estrés tuvo lugar durante el año 2009, concluyéndose por aquel entonces que, incluso en el peor escenario económico, los grandes bancos resistirían al encontrarse suficientemente capitalizados, si bien podrían llegar a perder hasta 400.000 millones de euros entre 2009 y 2010. Los resultados individuales no se publicaron inicialmente por la oposición de la mayoría de países, incluido España.

Otra de las cuestiones abordadas por los Veintisiete en la reunión del Consejo Europeo celebrada el pasado mes de junio de 2010 fue la relativa a la necesidad de aumentar la disciplina presupuestaria de los países de la Unión, dadas las tensiones que de un tiempo a esta parte han venido produciéndose entre los distintos socios comunitarios a cuenta de las finanzas públicas. En este sentido se acordó en el seno de dicha reunión reforzar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (con posibles sanciones e incentivos), así como estudiar la posibilidad de modificar los parámetros que en la actualidad resultan salvaguardados a través del citado Pacto, revisándose los presupuestos nacionales de los Estados miembros con anterioridad a su aprobación parlamentaria al objeto de verificar que las hipótesis de crecimiento e inflación en que se basan son realistas, forzando así la corrección a tiempo de cualquier desviación del déficit. Concretamente se pretende vigilar, no ya solo el déficit presupuestario (que, por lo que respecta a nuestro país, deberá reducirse del 11,2% del año pasado al 3% prometido para 2013), sino también los niveles de deuda, tanto pública como privada ¹¹.

A lo largo del mes de octubre de 2010 el Ejecutivo comunitario presentó una segunda Comunicación con más iniciativas y cuyo objetivo, de carácter más amplio, se centró en evitar que la caída de una concreta entidad financiera desestabilice todo el sistema, al igual que sucedió en otoño de 2008 con el banco de inversión estadounidense *Lehman Brothers*. En esta segunda Comunicación se precisó además que los Gobiernos de la Unión han de servirse del Presupuesto público con la finalidad de evitar el colapso del sistema, con el consiguiente deterioro de las finanzas públicas. Se adoptó así por parte de la Comisión el compromiso de promover tanto medidas preventivas destinadas a reducir las probabilidades de bancarrota de una entidad, como de gestión de crisis una vez que esta se produzca ¹².

Con fecha 19 de octubre de 2010 el Consejo Europeo presentó un Informe sobre la situación de las tasas e impuestos del sector financiero [Council (ECOFIN) report to the European Council on the state of play on financial levies and taxes (Doc. 15262/10)] el cual, tomando como punto de referencia un análisis preliminar efectuado por la Comisión [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Fiscalidad del Sector Financiero», de 7 de octubre de 2010, COM (2010) 549 final / SEC(2010)

¹¹ De este modo se acordó el ejercicio de un control más estricto de la disciplina presupuestaria de los miembros de la UE, así como el fortalecimiento de las reglas sobre los niveles de deuda permisibles entre los países de la zona del euro, procediendo a reforzar las eventuales sanciones que puedan imponerse a aquellos Estados de la UE que presenten un déficit excesivo. Ello habría de contribuir a evitar que puedan llegar a producirse nuevas crisis de endeudamiento. Concretamente fue el Gobierno italiano el que solicitó al Consejo Europeo la medición de los niveles de deuda en función de la sostenibilidad global, lo que permitiría incorporar además los pagos pendientes de todo el sector privado. Quizás la defensa de este criterio pueda deberse a que, en la actualidad, el Estado italiano presenta unos niveles de deuda pública muy elevada y, en cambio, una deuda privada controlada. Justo el escenario contrario que luce España, donde es el sector privado el que se encuentra atenazado. Así las cosas, desde nuestro punto de vista, la implantación de este nuevo parámetro añadiría otra materia de vigilancia de Bruselas hacia España, máxime si tenemos en cuenta que en el Pacto de Estabilidad original únicamente se requería que la deuda pública no superase el 6 por 100 del PIB.

¹² En este sentido los representantes de los Veintisiete países que integran la UE venían reclamando desde hace tiempo que la totalidad de los Estados elaboren leyes nacionales destinadas a recoger los objetivos de reducción del déficit presupuestario, solicitando además a la Comisión Europea el desarrollo de una serie de indicadores para detectar cualquier problema de competitividad que pueda llegar a suscitarse entre los países de la eurozona. Al amparo del acuerdo alcanzado entre los Veintisiete se acordó prestar una mayor atención al nivel de deuda, procediéndose igualmente a reforzar las sanciones contra los países incumplidores y aplicándose la regulación existente desde una fase más temprana, incluso antes de que se supere el umbral del 3 por 100.

1166 final], analizaba las ventajas e inconvenientes de las dos principales figuras propuestas, a saber, un Impuesto sobre la Actividad Financiera y un Impuesto sobre las Transacciones Financieras.

Ya el Parlamento Europeo venía reclamando de un tiempo a esta parte la imposición de una tasa a los bancos destinada a financiar posibles quiebras. Concretamente la Comisión de Asuntos Económicos de la Eurocámara había reclamado por amplia mayoría imponer una tasa a los bancos al objeto de financiar posibles quiebras, de manera que los costes de futuras crisis financieras no recaigan sobre los contribuyentes sino sobre el propio sector bancario. El Parlamento Europeo deseaba que esta medida se incluyese en el nuevo sistema de supervisión bancaria de la UE elaborado con la finalidad de afrontar futuras crisis financieras. Para ello resultaba necesario alcanzar un acuerdo con los Gobiernos de los Veintisiete quienes, en un primer momento, no contemplaron esta opción con motivo del compromiso alcanzado el pasado mes de diciembre de 2009, procediendo a la adopción de una reforma mucho menos ambiciosa ¹³.

En concreto la Eurocámara solicitó la creación de dos nuevos fondos, un fondo de garantía de depósitos y un fondo de rescate de bancos, los cuales serían financiados por las propias instituciones en función de los riesgos que asuman. La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de marzo de 2011 sobre una financiación innovadora a escala mundial y europea propuso la creación, en primer lugar, de un Impuesto sobre las Transacciones Financieras, optando expresamente por una de las propuestas que se debatían. En opinión de la Eurocámara la eventual aprobación de la citada figura podría contribuir a mejorar el funcionamiento de los mercados al reducir la especulación, así como a financiar bienes públicos mundiales y a reducir los déficits públicos. Y, en segundo término, y sin renunciar a la introducción de un Impuesto sobre las Transacciones Financieras a nivel mundial, se emplazaba a las instituciones comunitarias a promover, en su defecto, la aplicación de un Impuesto sobre las Transacciones Financieras a un nivel comunitario, solicitándose a tal efecto a la Comisión la presentación de iniciativas legislativas concretas.

Este nuevo sistema diseñado desde el Parlamento Europeo preveía, además, la creación de tres autoridades europeas de supervisión (bancaria, de seguros y de Bolsa), cuya función sería la de mediar entre los supervisores nacionales en caso de desacuerdo en el control de una determinada institución financiera transfronteriza. Asimismo se solicitaba que la autoridad bancaria europea competente se encargue de supervisar directamente a aquellas instituciones que puedan causar un riesgo sistémico, perjudicando gravemente al conjunto del sistema financiero y causando importantes daños a la economía real.

En resumen, de conformidad con la propuesta aprobada por la Eurocámara la autoridad europea competente ha de disponer de poderes suficientes para prohibir, al menos temporalmente, todas aquellas

¹³ Como seguramente se recordará, igualmente en el año 2009 el G-20 analizó la cuestión en su reunión de Pittsburgh. Por aquel entonces los Gobiernos de las veinte economías más poderosas del mundo instaron al FMI a analizar las medidas que podrían hacer que el sector financiero contribuyera, de manera justa y sustancial, a financiar la intervención realizada por los gobiernos para sostener el sistema bancario (Declaración final de la reunión del G-20 en Pittsburgh, 24 y 25 de septiembre de 2009, parágrafo 16). Por su parte, el Consejo Europeo, en su reunión celebrada los días 10 y 11 de diciembre de 2009 [Conclusiones del Consejo Europeo, de 11 de diciembre de 2009 (EUCO 6/09), parágrafo 15] efectuó una petición similar al FMI. A pesar de ello en la reunión del G-20 celebrada en la ciudad canadiense de Toronto los días 26 y 27 de junio de 2010 [Declaración final de la reunión del G-20 en Toronto, 26 y 27 de junio de 2010, párrafos 21 y 22] no se alcanzó un acuerdo para la adopción de un impuesto, dada la diversidad de planteamientos concurrentes al respecto.

operaciones que pongan en riesgo el funcionamiento ordenado y la estabilidad del sistema financiero, como pueda suceder, por ejemplo, con las ventas a corto. La adopción de este criterio encontró la oposición frontal del Reino Unido, contrario a ceder poderes de supervisión a las autoridades europeas.

Por otra parte con fecha 29 de junio de 2011 la Comisión Europea aprobó, dentro de su paquete financiero para el periodo 2014-2020, la implantación de un nuevo recurso presupuestario propio sobre las transacciones en el sector financiero. Se trataría de una tasa sobre las transacciones financieras destinada a alimentar el Presupuesto europeo a partir de 2013 y reducir así la dependencia de las aportaciones que hacen los Estados miembros de la UE, que actualmente se elevan al 75 por 100 del gasto europeo. El Ejecutivo comunitario calculó que un gravamen de este tipo podría generar hasta 30.000 millones de euros para las arcas europeas entre 2013 y 2020, a lo que se podrían añadir otros 30.000 millones gracias a un nuevo «IVA» europeo.

Con posterioridad, con fecha de 28 de septiembre de 2011 la Comisión Europea aprobó una propuesta de Directiva [*Proposal for a Council Directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC*. COM(2011) 594 final] para imponer una tasa a las transacciones financieras en la UE que genere 55.000 millones de euros al año. Concretamente la Comisión propuso tasar con un 0,1 por 100 las transacciones con acciones y bonos y con un 0,01 por 100 las operaciones con derivados.

Con carácter general la citada Propuesta de Directiva relativa al sistema común de un impuesto sobre las transacciones financieras persigue la consecución de los siguientes objetivos. En primer lugar, evitar la fragmentación en el mercado interior de servicios financieros, en tanto en cuanto los Estados están actuando en este ámbito, si bien no de manera coordinada. En segundo término, garantizar que las entidades financieras contribuyan a cubrir los costes de la crisis y tratar de contrarrestar el hecho de que buena parte de las operaciones y de los servicios bancarios y de seguros se encuentren exentos de IVA. En este sentido se prevé que parte de la recaudación que pueda obtenerse mediante la aplicación de este Impuesto sobre las Transacciones Financieras constituya un recurso propio de la Unión¹⁴, al objeto de tratar de reducir la importancia de las aportaciones directas de los Estados miembros al Presupuesto de la UE. Finalmente la citada Propuesta de Directiva de la Comisión perseguía desincentivar la realización de aquellas operaciones que no refuerzan la eficiencia de los mercados financieros¹⁵.

Tal y como ha señalado SANZ GÓMEZ¹⁶, inicialmente la Comisión estimó que la creación de un impuesto sobre transacciones con divisas podría terminar reduciendo los volúmenes de comercio,

¹⁴ Véase a este respecto la Propuesta de Decisión del Consejo relativa al sistema de recursos propios de la UE [COM(2011) 510 final, de 29 de junio de 2011]. A través de la citada Propuesta se propuso modificar el sistema de financiación de la UE para sustituir progresivamente las aportaciones de los Estados por recursos propios de la Unión, fundamentalmente un IVA reformado y un impuesto sobre transacciones financieras [*Communication A Budget for Europe 2020*, COM (2011) 500 final. Véase la propuesta para una Decisión del Consejo sobre el sistema de recursos propios de la UE. COM(2011) 510 final].

¹⁵ Tal y como se señala en el Memorándum que acompañaba a la propuesta de Directiva la implantación de este Impuesto sobre las Transacciones Financieras podría llegar a influir en la conducta del mercado y en los modelos de negocio, afectando al comercio automatizado fundamentado en la realización de operaciones de alta frecuencia y escaso margen de beneficio. Ciertamente esta circunstancia parece conceder al citado impuesto un significativo rasgo extrafiscal.

¹⁶ SANZ GÓMEZ, R., «Un impuesto sobre transacciones financieras para la Unión Europea: la propuesta de la Comisión», *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, 2012 (consultado en www.westlaw.es).

contribuyendo a aumentar la inestabilidad de los cambios. Sin embargo en su Propuesta de Directiva estimaba la Comisión que la eventual aplicación de un Impuesto sobre las Transacciones Financieras podría desincentivar aquellas operaciones que no ayudan a la eficacia de los mercados, contribuyendo a hacerlos más estables.

El Impuesto sobre las Transacciones Financieras propuesto por la Comisión es un impuesto indirecto, proporcional (si bien materialmente progresivo), real y objetivo, con fuerte presencia de elementos extrafiscales. Dicho impuesto sometería a gravamen la capacidad económica puesta de manifiesto por una entidad financiera al intervenir en transacciones de esta naturaleza, resultando exigible a cada una de las entidades.

El impuesto se aplicaría a todas las transacciones financieras, objeto de definición en el artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva. Tiene la consideración de transacción financiera cualquiera de los siguientes: la compra y venta de un instrumento financiero antes de su compensación y liquidación, incluidos los pactos de recompra y recompra inversa y los préstamos de valores y toma de valores en préstamo; la transferencia entre entidades de un grupo del derecho a disponer de un instrumento financiero como propietario y cualquier otra operación equivalente que implique la transferencia de los riesgos asociados al instrumento financiero, en los casos en que no estén sujetas en virtud de lo indicado con anterioridad; y la firma o modificación de contratos de derivados.

Dicha figura se proyectaría así sobre todo tipo de instrumentos financieros (incluidos los productos sustitutivos que puedan llegar a existir para cualquiera de ellos), negociados en mercados organizados o mercados no oficiales. Se incluyen así los productos estructurados (instrumentos financieros ofrecidos mediante titulización) equivalentes a cualquier otro instrumento financiero.

En relación con la delimitación de la base imponible, la Propuesta de la Comisión ha tratado de evitar la eventual distorsión del mercado financiero y el riesgo de deslocalización de capitales. De conformidad con lo manifestado por la Comisión la base imponible del impuesto habría de definirse preferentemente partiendo de las operaciones realizadas por las instituciones financieras y remitiéndose a la normativa comunitaria encargada de regular este tipo de mercados.

La Propuesta de Directiva establece una serie de exenciones, tanto subjetivas como objetivas. No se exigiría el Impuesto al Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera, al FMI o a instituciones equivalentes, así como a las contrapartes centrales y a los depositarios centrales de valores estatales e internacionales cuando actúen como tales, al estimarse que dicha actividad no tiene carácter comercial. En todo caso el conjunto de las exenciones solo alcanza a las entidades previstas en la Directiva, sin que ello obste al gravamen de la otra entidad financiera que intervenga en la operación, de acuerdo con lo señalado por el artículo 1.3, segundo párrafo.

Por su parte las exenciones objetivas se refieren a la transacción, no gravándose a ninguna de las partes contratantes. Quedarían exentas aquellas transacciones en las que intervengan la UE, el Euratom y los órganos creados por ellos y a los que se aplique el Protocolo núm. 7 sobre los privilegios y las inmunidades de la UE. Y ello con independencia de las exenciones relativas al Banco Central Europeo (BCE) y al Banco Europeo de Inversiones, así como a los bancos centrales de cada Estado miembro.

La exención referente a aquellas operaciones que afecten al Sistema Europeo de Bancos Centrales persigue evitar posibles obstáculos para la refinanciación de entidades privadas o la aplicación de instrumentos de la política monetaria.

Se hallan igualmente exentas, de conformidad con lo señalado en el artículo 1.4 a) de la Propuesta de Directiva, las operaciones de mercado primario tales como emisiones, asignaciones o suscripciones referentes a acciones de sociedades y otros valores equiparables, así como obligaciones u otras formas de deuda titulizada. El principal objetivo perseguido no es otro que no obstaculizar la captación de capitales por parte de los gobiernos estatales y de las empresas. Gozarían asimismo de exención las operaciones de mercado primario sobre determinados productos, pero no aquellas que se realicen sobre sus derivados. Y no quedarían incluidas dentro del ámbito del impuesto las actividades de préstamo y el endeudamiento de los hogares, empresas o instituciones financieras, así como otras actividades como préstamos hipotecarios, contratos de seguro, créditos al consumo o transacciones de pago. Tampoco estarían sujetas las transacciones de productos físicos, aunque sí sus derivados.

Destaca especialmente la ausencia de imposición existente sobre las operaciones de divisas, fundamentada en el hecho de que su gravamen podría crear problemas de compatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la UE, originando situaciones de discriminación sobre las transacciones entre Estados de la Eurozona y aquellos Estados que no han adoptado la moneda única.

Tienen la consideración de sujetos pasivos del Impuesto sobre las Transacciones Financieras aquellas entidades financieras que intervengan en las transacciones gravadas ¹⁷. Como regla general, para que una operación quede sujeta al impuesto es necesario que intervenga una entidad financiera. Atribuye el artículo 9 de la Propuesta de Directiva la condición de sujeto pasivo a cada una de las entidades financieras que intervengan en la realización de la operación, siempre que sea parte en la transacción (actuando por cuenta propia o ajena), actúe en nombre de una de las partes en la transacción o esta se haya realizado por cuenta de ella ¹⁸.

Adviértase en consecuencia que, al amparo de la citada regulación, podrían llegar a existir dos sujetos pasivos en el supuesto de que la concreta transacción se realizase entre dos entidades financieras, pero nunca más de dos, ya que si una entidad opera por cuenta de otra solo a esta se la calificará de sujeto pasivo. De este modo cada Estado miembro podría exigir el impuesto sobre la entidad financiera interviniente en la transacción que, de conformidad con lo señalado en la Propuesta de Directiva, se considerase localizada en su territorio. Téngase presente además que ambos contribuyentes ponen de manifiesto su capacidad económica. Ciertamente el importe del beneficio obtenido por la transacción ya queda gravado en el marco de los impuestos sobre la renta de las sociedades. Sin embargo la manifestación de capacidad económica sometida a gravamen presente un carácter

¹⁷ El concepto de entidad financiera es objeto de regulación en el artículo 2.1.7 de la Propuesta de Directiva, que recoge a tal efecto una lista abierta, incluyéndose una cláusula final en la que se hace referencia a «cualquier otro sujeto cuyas actividades financieras constituyan una parte sustancial de su actividad global». No obstante se prevé que la Comisión pueda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Propuesta, establecer reglas concretas mediante un acto delegado. En todo caso el impuesto se exigiría en virtud del principio de residencia y no del lugar en que se realice efectivamente la transacción. Se aplica pues el principio de residencia como punto de conexión para la sujeción al tributo.

¹⁸ Precisa además el artículo 9.2 de la Propuesta de Directiva que, cuando una entidad financiera actúe en nombre o por cuenta de otra, será esta segunda entidad la que se considere sujeto pasivo.

diverso. Así, en el Impuesto que grava las Transacciones Financieras la base imponible se concreta en la contraprestación y no en la plusvalía puesta de manifiesto, tal y como se precisa en el Considerando 10 de la propuesta de Directiva.

Ha de quedar claro no obstante que los particulares no quedarían sometidos a gravamen por este Impuesto sobre las Transacciones Financieras diseñado en la Propuesta de Directiva de la Comisión. Tal y como ha precisado SANZ GÓMEZ ¹⁹, a resultas de esta circunstancia cabría plantearse hasta qué punto quedan vulnerados los principios de igualdad o de neutralidad, al producirse una sobreimposición de las operaciones entre entidades financieras, resultando duplicada la carga tributaria. Piénsese además que, por lo que a la entidad adquirente se refiere, esta pagaría nuevamente el impuesto si revendiese el producto financiero. Y, al margen de que el tipo de gravamen aplicable resulte reducido, en tanto en cuanto es exigible por la realización de cada transacción, terminaría produciéndose un efecto cascada consecuencia de la propia intención de reducir la volatilidad en los mercados, no pudiendo deducirse la cuota previamente soportada.

El gravamen quedaría pues limitado a aquellas operaciones realizadas por las instituciones financieras, con la finalidad de que tanto las economías domésticas como las pymes que no inviertan de manera activa en los mercados financieros no se vean afectados por el impuesto. Asimismo se trata de evitar que las entidades financieras terminen repercutiendo, de algún modo u otro, el coste de alguna forma sobre otros sujetos, distorsionando la incidencia del impuesto.

Dispone el artículo 9.3 de la Propuesta de Directiva que podrá exigirse responsabilidad solidaria sobre aquellos que hayan sido parte en una transacción financiera y que no tengan la condición de sujetos pasivos. Dicha responsabilidad resultaría exigible a pesar de que los contratantes no sean entidades financieras. Por su parte su artículo 9.4 permite a los Estados miembros establecer supuestos de responsabilidad solidaria distintos de los anteriores. Uno de estos supuestos sería, por ejemplo, el relativo a aquella persona física por cuya cuenta hubiera intervenido en la transacción uno de los contratantes.

De cara a precisar el Estado donde deba gravarse una transmisión determinada habrá que atender a la residencia del sujeto pasivo y no al lugar donde se realice la operación. *A priori* ello habría de posibilitar una mayor distribución de los ingresos tributarios, permitiendo además reducir las distorsiones que pudiera llegar a producir el impuesto y minorando en buena medida los riesgos de elusión fiscal.

¿Y cuándo se ha de estimar que una entidad financiera se considera localizada en un Estado miembro? Con carácter general, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 3.1 de la Propuesta de Directiva. Así, tratándose de un sujeto pasivo a los que se refiere el artículo 2.1.7 j) de dicha Propuesta, habrá de estarse a lo previsto en su artículo 3.4. Y, concurriendo más de una de

¹⁹ SANZ GÓMEZ, R., «Un impuesto sobre transacciones financieras para la Unión Europea: la propuesta de la Comisión», ob. cit. (consultado en www.westlaw.es). En palabras del citado autor «Una decisión de estas características, aunque establezca una diferencia de trato, entra en el margen de discrecionalidad de las instituciones al definir los elementos del tributo. Protege valores relevantes y no parece que pueda considerarse manifiestamente irrazonable. Al revés: obedece a la necesidad de responder a un problema puesto de manifiesto por muchos y busca un delicado equilibrio entre los diferentes objetivos que se persiguen».

las circunstancias previstas, las mismas habrían de ser tomadas en consideración por el orden previsto en el citado precepto, siendo los criterios a considerar, por este orden, los siguientes: el Estado miembro que haya concedido a la entidad financiera la autorización para desarrollar su actividad, en relación con las operaciones a las que alcance dicha autorización; la sede social de la entidad; el domicilio o residencia habitual de la entidad; y la localización de una sucursal, en relación con las transacciones efectuadas por dicha sucursal.

Señala el citado artículo 3.1 de la Propuesta de Directiva en su apartado quinto que la entidad financiera situada en un tercer Estado que realice una transacción gravable con otra entidad financiera o un particular establecidos en algún Estado miembro de la UE se considerará establecida en dicho Estado miembro, a efectos de la exacción del impuesto. Se prevé así la atracción de la entidad extranjera, la cual únicamente podría evitarse en el supuesto de que la entidad a la que se atribuya la cualidad de sujeto pasivo demuestre que la operación no está vinculada con Estado miembro alguno.

La cuantificación de la base imponible correspondiente a este Impuesto sobre las Transacciones Financieras queda regulada en los artículos 5 a 7 de la Propuesta de Directiva, quedando integrada la misma por la contraprestación de la transferencia realizada por el sujeto pasivo, la cual podrá ser efectuada por la otra parte o por un tercero.

A tal efecto, y en atención a la propia delimitación del hecho imponible del impuesto, procede diferenciar entre las transacciones relativas a derivados y aquellas que se refieren a otros productos. Tratándose de productos financieros no derivados la base imponible queda determinada por el precio que las partes hayan acordado, previendo en este sentido el artículo 5 de la Propuesta en sus apartados 2 y 3 la aplicación del principio *arm's lenght* cuando el precio acordado sea inferior al de mercado y, específicamente, tratándose de operaciones entre entidades vinculadas. En cambio, en el supuesto de contratos de derivados la base imponible de la operación se determinaría atendiendo al valor hipotético en el instante de la transacción, definido como el valor de los activos subyacentes de un derivado al precio presente. Rechazó así la Comisión ²⁰ la posibilidad de aplicar el precio de transmisión en esta clase de operaciones, con la finalidad de evitar el surgimiento de distorsiones entre los derivados y los mercados de activos subyacentes ²¹.

En cuanto a los tipos de gravamen, la Comisión puso de relieve desde un primer momento que dichos tipos habrían de ser reducidos con la finalidad de minimizar los efectos no deseables (especialmente la deslocalización de actividades financieras), evitándose que se viese incidido el coste derivado de la captación de capital para inversiones no financieras.

En líneas generales la fijación de los tipos de gravamen responde a la concurrencia de los propios riesgos de deslocalización relacionados con la movilidad del producto financiero gravado, así como a la cuantificación de la base imponible. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de

²⁰ Véase en este sentido el Documento de trabajo de la Comisión SEC (2010) 409 final, *Innovative financing at a global level*, 1th April 2010, pág. 24.

²¹ A ello se ha de sumar, además, el dato de que los flujos de caja reales relacionados con la compra de los derivados eran sensiblemente menores que su valor hipotético, por lo que la carga fiscal efectiva podría ser mucho más elevada en el presente supuesto.

la Propuesta de Directiva sería de aplicación una tasa de gravamen del 0,1 por 100 para los productos no derivados y del 0,01 por 100 para estos. Ambos tipos impositivos tienen la consideración de mínimos, lo que significa que los Estados miembros podrían elevarlos al transponer la Directiva, si bien no cabría la introducción de diferenciaciones entre transacciones de la misma categoría.

El devengo del tributo se producirá en el instante en el que se realice cada transacción, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Propuesta de Directiva. El pago del impuesto se articularía a través de un sistema informatizado (como corresponde a la propia naturaleza de los mercados en los que habría de operar). Siendo efectuada la transacción electrónicamente, el impuesto sería exigible en el momento mismo del devengo, pudiendo efectuarse automáticamente a través de las plataformas de comercio que realizan las transacciones. En el supuesto de que la transacción no se realizase electrónicamente, el impuesto sería exigible pasados tres días, plazo otorgado con la finalidad de que pueda procesarse manualmente el pago, no llegando a derivarse ventajas de caja para la entidad de que se trate.

Al margen de este pago, instantáneo, se prevé que los sujetos pasivos del impuesto comuniquen con carácter mensual (antes del día diez del mes siguiente) toda la información necesaria para la cuantificación de aquel que se hubiese devengado a lo largo del mes. A tal efecto habrá que identificar a las partes intervinientes en la realización de la transacción, así como su objeto y el valor de la transacción, debiendo informarse del valor total de las transacciones sujetas a cada tipo de gravamen y correspondiendo a los Estados adoptar las medidas necesarias para concretar estas obligaciones y cualesquiera otras relativas a los aspectos formales del impuesto.

Téngase presente para finalizar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Propuesta de Directiva, los Estados miembros deberán adoptar medidas para prevenir la evasión y elusión fiscales y el abuso, pudiendo dictar la Comisión actos delegados que concreten medidas de este tipo adoptadas por el conjunto de los Estados miembros. Asimismo se prevé la utilización de mecanismos de intercambio de información en materia de transacciones financieras y de cooperación administrativa.

III. ACTUACIONES ACOMETIDAS POR FRANCIA Y ALEMANIA

Dentro de la UE los Gobiernos de Alemania y Francia acordaron ya proponer la aplicación de una tasa anual para la banca mediante la creación de una serie de instrumentos legales destinados a obligar a estas entidades a financiar de su bolsillo las próximas crisis que puedan llegar a desatarse. El objetivo básico perseguido por ambos Gobiernos no fue otro que reestructurar (e incluso desmantelar) un banco para evitar que pueda terminar «contaminando» a todo el sistema. A tal efecto se pretendía aplicar una tasa especial anual al conjunto de las entidades financieras que habría de ingresarse en un fondo destinado a financiar, llegado el momento, las medidas anticrisis necesarias. Adicionalmente la aplicación de esta tasa comprendería, de darse el caso, el desmembramiento completo de la entidad afectada.

Así, por ejemplo, el Gobierno francés preveía aplicar un gravamen del 50 por 100 a los *bonus* de la banca en 2010 procedentes, no ya solo de entidades bancarias, sino también de las aseguradoras

y de fondos de alto riesgo. De este modo la Administración gala pretendía seguir el modelo del Reino Unido, aplicando durante el citado ejercicio 2010 un impuesto excepcional del 50 por 100 sobre aquellos *bonus* de la banca correspondientes al ejercicio 2009 que superasen los 27.500 euros ²². Dicha tasa, que habría de ser abonada por las entidades y no por los empleados, resultaría de aplicación en virtud de un Proyecto de Ley redactado en su día con la finalidad de enmendar la regulación del sector.

Como seguramente se recordará, con fecha de 9 de diciembre de 2009 el Tesoro británico anunció la aplicación por parte del Reino Unido de un impuesto extraordinario del 50 por 100 sobre aquellas primas procedentes del sector financiero que superasen las 25.000 libras (27.700 euros), con el objetivo de que los bancos otorgasen prioridad al fortalecimiento de sus *ratios* de capital en lugar de a las retribuciones de sus altos ejecutivos ²³. La citada tasa se concreta en un porcentaje sobre la parte del balance de los bancos que presenta mayor riesgo: grandes depósitos sin garantía y financiación en mercados a corto plazo, entre otros pasivos. Ya por aquel entonces desde las Administraciones británica y francesa se propuso la aplicación a nivel internacional de un impuesto extraordinario sobre los *bonus* cobrados por los directivos bancarios en 2009, al considerar que estas primas solo han sido posibles gracias al apoyo del conjunto de los Gobiernos para rescatar de la crisis al sector financiero. Se defendió así la creación de una tasa sobre las transacciones financieras, así como la puesta en funcionamiento de fondos de garantía similares a los que ya existen en España para que los propios bancos contribuyan a la reestructuración o liquidación de entidades con problemas (caso del FROB, Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria), reiterándose además la necesidad de que las entidades bancarias abonen una prima por las garantías públicas.

Inicialmente dos fueron las posibilidades barajadas por el Gobierno francés al respecto. En primer lugar, la creación de un fondo de garantía para intervenir en caso de bancarrota. Y, en segundo término, la dedicación de la recaudación al Presupuesto del Estado, dado que son los Estados los que se encuentran obligados a acudir a salvar las entidades financieras en dificultad. A tal efecto el Gobierno francés solicitó al FMI la realización de una serie de «propuestas» o «recomendaciones» que permitiesen recuperar el dinero público empleado para ayudar a los bancos y a las otras entidades financieras durante la crisis.

Pues bien, el Gobierno francés terminó sumándose a la iniciativa británica de imponer ya en el ejercicio fiscal de 2010 una tasa del 50 por 100 a los sobresueldos de los banqueros, los llamados *bonus*. Se trató de la aplicación, de una sola vez, de un gravamen sobre dichos *bonus*, al estimarse que aquellos sobresueldos procedentes del ejercicio 2009 se habían visto incrementados, al menos en parte, gracias al apoyo de los Gobiernos al sistema bancario. Se estimaba así por parte del Tesoro

²² Recuérdese que la Administración británica propuso ya en su día, durante la reunión de Ministros de Finanzas del G-20 ampliado celebrada en *Saint Andrews* (Escocia), la introducción de una tasa a la banca. Y, con fecha de 8 de febrero de 2011 se conoció que el Gobierno británico ingresaría 800 millones de libras (947 millones de euros) más de los previstos por la tasa sobre los beneficios bancarios, gracias a las ganancias adicionales obtenidas por las entidades bancarias del citado país. De este modo el citado Gobierno espera recaudar en 2011 unos 2.500 millones de libras (unos 2.959 millones de euros). Inicialmente la Administración británica previó la aplicación de una tasa reducida en 2011, ante las incertidumbres en el mercado. Sin embargo con posterioridad se estimó que no resultaba necesaria dicha transición, al estimarse que la resistencia del sector bancario había mejorado y que los mercados tenían mayor certeza sobre los plazos y dirección de los cambios regulatorios.

²³ Ciertamente la aprobación del citado gravamen provocó ya en su día una importante reacción desde los mercados financieros británicos, que calificaron la medida de «populista», vaticinando un éxodo de talentos hacia plazas financieras más laxas.

galo que resultaba inaceptable el hecho de que los contribuyentes del citado país terminaran pagando la «factura» derivada de las pérdidas causadas por la reciente crisis financiera y que, por el contrario, los accionistas y empleados de las principales instituciones disfrutasen del conjunto de las ganancias obtenidas una vez que la economía empezara a recuperarse.

De este modo el Estado galo se inclinó por el establecimiento de una tasa que gravase las primas de los operadores de mercados y los grandes directivos bancarios (sin carácter indefinido), al objeto de financiar, al menos inicialmente, el fondo de garantía de depósitos, si bien finalmente podría terminar financiando a las pequeñas y medianas empresas.

Finalmente, con fecha de 30 de enero de 2012 el Gobierno francés anunció la aplicación en Francia de una tasa a las transacciones financieras del 0,1 por 100 a partir del mes de agosto de 2012. Dicha tasa fue finalmente aprobada en la Sesión del Consejo de Ministros galo de 8 de febrero de 2012, previéndose la aplicación de un impuesto del 0,1 por 100 a los intercambios de acciones entre empresas con sede social en París que tengan una capitalización bursátil superior a los 1.000 millones de euros. Se trataba, en realidad, de una versión «suavizada» del Proyecto inicial, ya que en un primer momento el Gobierno francés dejó entrever que aplicaría la tasa a todas las operaciones financieras, independientemente de su procedencia. Finalmente se optó por acotar el ámbito de aplicación del gravamen a las nacionalizadas que superasen el valor citado. Quedaban además exentas las compañías extranjeras que cotizasen por debajo de la cantidad, al objeto de evitar una «fuga» de las empresas foráneas a otras plazas bursátiles. La tasa tampoco afectará a las operaciones de obligaciones y otros productos derivados.

Sí gravará, en cambio, con un 0,01 por 100 el llamado *trading* de alta frecuencia, que permite comprar y vender acciones en microsegundos gracias a la tecnología de los ordenadores con el objetivo de obtener mayores beneficios. El Proyecto gubernamental también incluyó el mismo impuesto para las operaciones de CDS (*Credit Default Swaps*), derivados que cubren el riesgo de suspensión de pago de un país o de una empresa y que están muy ligados a la volatilidad de los mercados. Con la puesta en marcha de la medida el Ejecutivo galo esperaba recaudar 1.100 millones de euros²⁴.

En el caso concreto del Gobierno alemán, la iniciativa fue aprobada inicialmente como Anteproyecto de Ley, con la finalidad de que el gravamen resultase aplicable ya en el mismo año 2010, si bien inicialmente el referido gravamen se proyectaría solo sobre las entidades bancarias, a expensas del criterio adoptado finalmente por el Gobierno galo. Una divergencia significativa en el gravamen adoptado por ambos Estados radicaba en el destino que habría de otorgarse a las cantidades recaudadas con aquel. Así, mientras Alemania contempló crear un fondo común en el que los bancos ingresasen una cuantía (de unos 1.300 millones de euros aproximadamente) destinada a hacer frente a las intervenciones de las entidades bancarias y a los costes derivados de dichas operaciones de rescate, Francia, por su parte, planteó que esos fondos fuesen a parar al Presupuesto del Estado.

Por lo que al Estado alemán se refiere, terminó aprobándose la imposición de una tasa a la banca destinada a rescatar entidades en quiebra y a amortiguar posibles insolvencias en el sector

²⁴ Ello contrasta con las pretensiones de las ONG, principales defensoras del gravamen, que proponían un impuesto del 0,2 por 100, que permitiese recaudar 8.000 millones de euros. Por otro lado el dinero obtenido por Francia no se destinará a financiar la ayuda al desarrollo, sino que se invertirá en reducir el déficit público.

financiero. Dicha decisión quedó enmarcada dentro de la creación de fondo de crisis destinado a ser activado en caso de que una concreta entidad bancaria entrase en una situación grave y complicada, siendo evaluada la cuota a satisfacer por las distintas entidades bancarias en función de sus activos y de su perfil de riesgo. La finalidad última perseguida no es otra que obligar a las entidades financieras a asegurarse ante los riesgos de sus actividades, coexistiendo este nuevo sistema diseñado por la Administración germana con el denominado *Soffin*, esto es, un instrumento desarrollado por el Gobierno alemán en 2008 con el objetivo de apoyar a la banca alemana, conformado en la actualidad por una suma próxima a los 480.000 millones de euros.

Al amparo de esta nueva regulación acordada, el conjunto de los bancos cuya sede radique en Alemania habrá de satisfacer el nuevo impuesto, además de aquel otro que han de abonar anualmente, el 30 de septiembre de cada ejercicio ²⁵. La medida fue rechazada frontalmente por las principales financieras germanas, para quienes su implantación podría llegar a dificultar la concesión de créditos, provocando además el traspaso de los costes derivados de la implantación de dicha tasa a los clientes.

La nueva tasa fue aprobada por el Consejo de Ministros alemán con fecha 25 de agosto de 2010, previéndose su entrada en vigor para 2011 y afectando al conjunto de los bancos con sede en Alemania. La aprobación de la referida tasa se integra dentro de la nueva regulación bancaria decidida por el Gobierno, a través de la cual se pretende reorganizar los procesos de insolvencia bancaria en situaciones de futuras crisis financieras. Con su aplicación se espera recaudar, aproximadamente, 1.200 millones de euros anuales.

Inicialmente el Proyecto de Ley aprobado al efecto y destinado a regular las distintas actuaciones susceptibles de llevarse a cabo con la finalidad de afrontar las eventuales crisis de financiación que pudieran llegar a padecer las principales entidades financieras del país debía superar todavía sendas votaciones en ambas Cámaras parlamentarias ²⁶.

Pues bien, con fecha 26 de noviembre de 2010 el *Bundesrat* aprobó la imposición de una tasa al conjunto de toda la banca del país, al objeto de constituir un fondo de reservas que sirva para hacer frente a futuras crisis financieras y para liberar, al menos en parte, al Estado y a los contribuyentes de la obligación de tener que asumir el coste de la misma. De este modo se obliga a los bancos germanos a destinar una porción de sus beneficios al Estado al objeto de crear un fondo que sea utilizado en caso de amenaza de quiebra de un banco considerado estratégico. Dicho fondo fue diseñado con la finalidad de contar con una dotación de unos 70.000 millones de euros, según las primeras previsiones efectuadas.

²⁵ De conformidad con los cálculos preliminares efectuados en su momento las grandes instituciones privadas aportarían 690 millones al fondo, los bancos regionales otros 319 millones y, las cajas de ahorros, unos 60 millones de euros. De cualquier manera la totalidad de las entidades bancarias con sede en Alemania quedan obligados a pagar el impuesto, que habrá de abonarse anualmente cada 30 de septiembre.

²⁶ Además de la referida tasa bancaria, el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno germano a finales de agosto de 2010 contemplaba otras cuestiones tales como la regulación de nuevos procesos de insolvencia para los bancos, la obligación de los mismos de elaborar una especie de «hoja de ruta» que marque las actuaciones a seguir en caso de crisis financiera y la regulación de las ayudas estatales las cuales, si bien se mantuvieron a pesar de la creación del nuevo fondo, quedaron limitadas en 20.000 millones con garantías de devolución absoluta.

El Estado alemán se mostró desde un primer momento partidario de que dicha tasa, que persigue tanto la reducción del déficit nacional como la elaboración de mejores reglas para los mercados financieros alemanes, se implante igualmente en otros Estados europeos, defendiéndose a tal efecto la aplicación de una tasa internacional a las transacciones financieras que termine siendo universalmente aceptada y que no resulte de aplicación únicamente para un concreto ejercicio, al objeto de evitar que, a raíz de la crisis experimentada por el sistema financiero, los contribuyentes terminen pagando por los riesgos tomados en el sector bancario. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, ha de reconocerse que se tardará en recaudar el dinero necesario para poder rescatar de la quiebra a un banco importante. No obstante desde el primer año de implantación de la tasa bancaria alemana su recaudación servirá para poder «cortar» un eventual «contagio» al resto del sistema financiero, ahorrándose así inversiones de dinero público como las que salvaron en su día en el año 2008 al Banco *Hypo Real Estate* ²⁷.

Al amparo de la regulación aprobada, la cantidad gravada a cada banco no podrá superar el 15 por 100 del resultado anual, dependiendo de su importancia sistémica. Serán gravados los pasivos de cada banco menos el capital propio y los depósitos de los clientes, presentando la tarifa anual un carácter progresivo: hasta los 10.000 millones de euros, el 0,02 por 100; y, entre 10.000 y 100.000 millones, el 0,03 por 100. Por lo que respecta al volumen nominal de los derivados fuera de balance, quedará gravado con el 0,00015 por 100. Y en el supuesto de que el banco en cuestión no tuviese beneficios se gravaría con una cantidad menor.

El criterio adoptado para determinar la cuota que cada entidad habría de aportar se concreta en la realización de un cálculo de sus reservas de dinero. De este modo, una entidad que dispusiese de grandes reservas habría de abonar una cuota menor, ya que ofrecería menos riesgo en caso de problemas. En todo caso la principal finalidad perseguida con la implantación de esta figura no es otra que incentivar a la banca para consolidar sus inversiones y limitar los riesgos en periodos de inestabilidad, facultándose al Estado para apropiarse u ordenar el desmantelamiento de una determinada entidad bancaria, en el supuesto de que esta dejase de pagar la tasa.

En resumen, el Gobierno alemán aprobó a finales del pasado mes de agosto de 2010 una tasa bancaria destinada a hacer frente a los rescates financieros ²⁸, concretándose la imposición del citado gravamen en un porcentaje sobre los beneficios de las entidades. En líneas generales la «tasa bancaria» aprobada por el Gobierno alemán se presenta como un impuesto sobre los beneficios de los bancos destinado a evitar que el Estado tenga que financiar el rescate de instituciones económicas. El dinero recaudado con la aplicación de la citada tasa pasaría a formar parte de un fondo al que podría acudir cualquier banco o institución financiera que estuviese a punto de llegar a la quiebra, quedando condicionado el importe de la tasa por el tamaño de la entidad en cuestión y por el nivel de riesgo de sus actividades. El Ejecutivo germano espera recaudar unos 1.300 millones de euros con la imposición del citado gravamen, destinado en última instancia a preservar la competi-

²⁷ Concretamente la citada operación tuvo un coste de más de 100.000 millones de euros en garantías públicas (7.800 millones de euros en dinero líquido), lo que representó una cantidad 83 veces superior a aquella que el Gobierno alemán espera recaudar el próximo año 2011 con la aplicación de la nueva tasa.

²⁸ Recuértese a este respecto que el Gobierno y los bancos alemanes salvaron en el pasado el *Hypo Real Estate* con un crédito de 50.000 millones.

tividad de los bancos alemanes. No obstante la implantación de la tasa contó desde el primer momento con la oposición de los bancos alemanes, que rechazaron el gravamen al considerarlo ineficaz, ya que a los especuladores les da igual realizar sus negocios en las bolsas europeas o en los mercados asiáticos o estadounidenses.

Ya en el año 2006, antes de que se desencadenara la actual crisis padecida por los mercados financieros, el fondo alemán había recaudado con la aplicación de este método 1.300 millones de euros, de los cuales 690 procedían de los bancos privados, 319 de los bancos públicos regionales (los llamados *landesbanken*) y 60 millones de las cajas de ahorros. En cuanto a los más de 200 millones restantes, procedían de bancos menores.

Tanto los fondos de inversiones como las aseguradoras quedan exentas de la aplicación de esta tasa. Con carácter adicional la norma alemana reguladora de su aplicación entra a delimitar el proceso de insolvencia ordenada de bancos en apuros. Se trata, en todo caso, de una regulación que ha sido objeto de importantes críticas por parte de la oposición y de los pequeños bancos, que han mostrado su disconformidad por tener que contribuir a un fondo que únicamente socorrería a los bancos de importancia sistémica.

Dentro igualmente del ámbito comunitario Hungría ha impuesto ya una tasa a los bancos, reduciendo su Impuesto sobre Sociedades. Se trata de una medida adoptada dentro de un fuerte plan de recorte del gasto público que incluye varias reducciones impositivas y medidas de ahorro en el gasto público orientadas a tratar de superar la grave crisis que sufre el país centroeuropeo, teniendo su entrada en vigor como principal finalidad ahorrar unos 426 millones de euros. El Impuesto sobre Sociedades con beneficios bajos pasó en el citado país del 19 al 10 por 100. Y, como contrapartida, se dispuso la introducción de un nuevo impuesto a la banca y a las aseguradoras con el que espera ingresar unos 700 millones de euros anuales durante los tres años en los que esta medida estará en vigor, dada la importancia de fomentar las pequeñas y medianas empresas y de simplificar la burocracia. Asimismo se aprobó la eliminación de diez pequeños impuestos, entre los que destaca la tasa sobre herencias en el seno de las familias ²⁹.

Por el contrario el Ejecutivo italiano se mostró contrario a la imposición de una tasa bancaria en el ámbito de la UE, al estimar que el conjunto de la deuda italiana (esto es, la resultante de la suma de la privada y de la pública) goza en la actualidad de una excelente salud dentro de la Zona Euro. En opinión del Ejecutivo italiano la aprobación unilateral de una tasa sobre transacciones financieras en el marco de la UE podría conducir a una «fuga» de transacciones hacia Estados Unidos o hacia otros países en el hipotético caso de que la aplicación del referido gravamen se produjese únicamente en el ámbito comunitario.

²⁹ Según los planes del Gobierno húngaro, la reducción del Impuesto sobre Sociedades se prevé aplicar a las empresas con beneficios inferiores a los 500 millones de forintos (1,8 millones de euros), pretendiéndose además el ahorro de 426 millones de euros con severos ajustes en el sector público que han de incluir la congelación del gasto y una reforma del esquema de sueldos destinada a reducir la masa salarial en un 15 por 100. Adicionalmente el número de miembros en las direcciones de las empresas estatales bajará de 319 a 60, con un salario máximo de 7.000 euros. Recuérdese a este respecto que el Estado húngaro se vio obligado en octubre de 2008 a acudir a un préstamo internacional de 20.000 millones de euros para evitar la bancarrota.

Por otro lado, esta implantación de una tasa a la banca fue contemplada como una alternativa de cara a la articulación del segundo plan de rescate para Grecia, consistiendo las otras dos en recomprar deuda griega implicando al sector privado (alternativa que corría el riesgo de ser tachada de impago selectivo por las agencias de *rating*) y en utilizar el actual fondo de rescate para comprar deuda de Grecia en el mercado secundario (donde por aquel entonces cotizaba con un descuento significativo). Sin embargo, finalmente esta posibilidad consistente en aplicar una tasa al sector bancario como vía para articular el segundo rescate heleno fue abandonada.

Inicialmente la adopción de la citada alternativa fue contemplada como una de las fórmulas de conseguir una aportación sustancial de las instituciones financieras sin que fuese considerado como un impago por las agencias de *rating*. La propuesta contemplaba gravar con un 0,0025 por 100 el total de los activos de los bancos de la Zona Euro. Sin embargo Alemania no veía viable esta alternativa debido a su difícil implantación, mostrándose en cambio más partidaria de que los bancos canjeasen sus bonos que vencían a corto plazo por otros con vencimiento a 30 años, para lo que se les daría algún tipo de incentivo. Esta opción comportaría un impago selectivo de Grecia, según las agencias de *rating*. Debido a ello los Estados debían trabajar también en cómo recapitalizar a los bancos que poseyesen deuda helena y cómo dotarles de garantías para poder seguir acudiendo a las ventanas de liquidez del BCE, ya que la institución había advertido que no aceptaría como colateral una deuda que fuese considerada como impago por parte de las calificadoras.

Ciertamente la implantación de una tasa a los bancos se presentaba como una posibilidad para implicar al sector privado en el segundo rescate. Ello podría arrojar 30.000 millones de euros a lo largo de tres años y podría satisfacer las demandas de Alemania, Holanda y Finlandia de que los acreedores privados contribuyesen de manera «sustancial» al nuevo plan de ayuda a Grecia, calculado en unos 110.000 millones de euros. Asimismo podría contribuir a evitar que la participación de bancos, aseguradoras y fondos de pensiones desembocase en una calificación de impago parcial o total de la deuda griega, a lo que se oponían frontalmente el BCE y países como España.

La implantación de dicha tasa podría contribuir, además, a consolidar el principio de una implicación del sector privado. Además, estaría justificada la ampliación al sector de las aseguradoras, ya que se recaudarían 30.000 millones de euros en un plazo de tres años, cantidad suficiente para cubrir el actual plan de rescate a Grecia. La clave estaría en cómo gestionar esos fondos. *A priori* la solución ideal sería utilizar ese dinero para proporcionar una garantía para la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera. De ese modo no solo quedaría demostrado que la tasa se utiliza para absorber las pérdidas potenciales de la deuda soberana, sino que se incrementaría la capacidad de conceder préstamos de la EFSF. Asimismo ampliaría el margen de maniobra de la institución, permitiendo la recompra de bonos y la recapitalización de los bancos.

Desde el sector bancario se argumentó que dicha medida, además de penalizar a aquellos bancos que no tuviesen exposición a la deuda griega, podría contribuir a debilitar los balances de los bancos, en un momento en el que los reguladores les exigen más reservas de capital. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, dejando a un lado el posible riesgo de impago, el sistema bancario europeo ha demostrado estar en forma, como confirmaron además los resultados de las pruebas de resistencia publicados en julio de 2011. A mayor abundamiento, aquello que los bancos perdiesen con el

pago de este impuesto acabarían recuperándolo con creces con el abaratamiento de los costes de financiación cuando se disipasen los temores de los mercados.

Inicialmente la adopción de la citada medida fue descartada por la Eurozona como instrumento a través del cual pudiera acometerse el segundo rescate a Grecia. Sin embargo la Comisión Europea se mostró dispuesta a recuperar esta iniciativa adoptando la instauración de una tasa sobre las transacciones financieras. Y es que, según las previsiones del Ejecutivo comunitario, una tasa suficientemente baja frenaría la especulación sobre la deuda soberana a la vez que evitaría una deslocalización de la actividad de la banca hacia los paraísos fiscales.

Sin embargo con fecha de 10 de septiembre de 2011 se conoció que Alemania y Francia habían elaborado un borrador para un impuesto a la banca el cual había sido remitido a la Comisión Europea. A tenor de lo establecido en el citado borrador la base imponible del nuevo impuesto cubriría de forma homogénea todos los tipos de transacciones, lo que incluiría las acciones, las obligaciones o los productos derivados, planteándose además diversas opciones de cara al cálculo de su valor. En cambio no se incluirían ni los créditos ni los depósitos bancarios ni las operaciones con acciones en el mercado primario. La nueva tasa habría de ser abonada por el conjunto de las partes implicadas (compradores o vendedores) que se encuentren establecidos en la UE. No obstante ya desde un primer momento el gobierno del Reino Unido manifestó que no apoyaría un impuesto a las transacciones financieras en la Zona Euro ³⁰.

Ciertamente, desde nuestro punto de vista, a través de la citada medida podría evitarse la fragmentación del mercado interior, ya que algunos Estados han decidido su creación. En segundo término, se trataría de una respuesta a la crisis financiera, haciendo recaer sobre la banca una parte de la carga para solucionar la crisis. Por último, la adopción de dicha tasa permitiría frenar la especulación en los mercados financieros. Desde el BCE se ha argumentado, por el contrario, que dicha medida podría suponer una pérdida de la actividad de la UE, máxime si se tiene en cuenta que el sector de la banca atraviesa por momentos de dificultad, debiendo satisfacer las necesidades de financiación de la economía.

Así las cosas, a pesar de que la adopción de la citada medida requeriría la unanimidad de los Estados miembros, la Comisión estima que se trataría de una medida económicamente sostenible por los mercados siempre que sea «modesta», y a la vez técnicamente fácil de aplicar, productiva financieramente y apropiada políticamente.

En todo caso debe reconocerse que uno de los principales adversarios de este impuesto lo constituye la amenaza de deslocalización de la banca hacia territorios *offshore* (de baja tributación). Piénsese que aquellos Estados que no sufrieran la penalización de este impuesto en sus entidades financieras tratarían de instaurar todas las medidas posibles para atraer más actividad económica hacia su territorio. No obstante, según Bruselas, en el supuesto de que resultase suficientemente baja no com-

³⁰ Previéndose la posibilidad de que pudiera llegar a producirse un rechazo por parte de diversos Estados miembros de la UE se ha llegado a plantear incluso la posibilidad de crear un impuesto de estas características en el marco de la cooperación reforzada, circunscribiéndolo así a los diecisiete Estados de la Eurozona, si bien ello podría terminar complicando la creación de un Impuesto sobre las Transacciones Financieras a nivel mundial.

pensaría ese desplazamiento para tratar de evitar el impuesto. La Comisión estudió así imponer la tasa sobre los productos financieros más comercializados (acciones, bonos y derivados) con el objetivo de disuadir a los productos financieros más dañinos, que son los que más se utilizan en estas operaciones y los derivados que pueden desestabilizar los mercados. Concretamente el tipo de estas tasas sería del 0,1 por 100 para las acciones y obligaciones y del 0,01 por 100 para los productos derivados ³¹.

IV. ESTUDIO DE LA LÍNEA DE ACTUACIÓN ADOPTADA POR EL GOBIERNO ESPAÑOL

Tradicionalmente el Gobierno español ha venido mostrándose favorable al establecimiento de un nuevo impuesto para las transacciones bancarias, respaldando así la iniciativa anunciada en su día por la Administración norteamericana al objeto de permitir que las futuras crisis financieras que puedan llegar a suscitarse sean afrontadas por las propias entidades bancarias.

En líneas generales se estimó por parte del Gobierno español que la adopción de la citada medida representa un avance importante para que el sistema financiero funcione de manera más eficaz, debiendo ser su finalidad última que las instituciones de créditos sean corresponsables a los desequilibrios que puedan llegar a generar. De hecho, dentro del ámbito de la UE la citada propuesta recibió ya en su día el apoyo expreso de los Primeros Ministros de Austria y Eslovaquia ³².

Dentro de nuestro país el conjunto de las entidades bancarias manifestaron ya, en su día, su oposición a la adopción de la citada medida, señalando además que, en caso de aprobarse la medida, probablemente cada Estado de la UE terminaría implantando la suya propia, con el consiguiente perjuicio que ello ocasionaría al principio de libre competencia.

A ello se ha de añadir además que, dentro de nuestro ordenamiento bancario, opera ya en la actualidad el Fondo de Garantía de Depósitos, al que los distintos bancos y cajas de ahorros realizan aportaciones periódicas, no dotándose de fondos públicos ³³.

Dicho fondo resulta sufragado por el sector financiero de forma proporcional y disponible para el conjunto de las entidades, quedando destinado a hacer frente a eventuales situaciones de crisis. En este sentido se ha venido contemplando la posibilidad de llevar a cabo una ampliación de la base gravada, limitada en la actualidad a los depósitos. Se trataría, concretamente, de proceder a adaptarlo para que no se calcule solo con base en los depósitos, sino también con otros pasivos, como las emisiones o los productos interbancarios ³⁴.

³¹ En todo caso conviene precisar que los operadores que trabajan con estos productos no pueden operar desde muchas plazas *offshore*, ya que deben utilizar conexiones informáticas y servidores de alta tecnología que no siempre se encuentran a su disposición en esos lugares.

³² Por su parte el Gobierno sueco ya aprobó en su día, a mediados de la década de los ochenta, una tasa parecida, del 0,036 por 100, sobre el pasivo de las entidades financieras para llegar a disponer del 2,5 por 100 del PIB en el 2025.

³³ Este Fondo de Garantía de Depósitos fija una devolución de hasta 100.000 euros en caso de quiebra de la entidad bancaria.

³⁴ De conformidad con lo declarado por el Gobierno español, nuestro país se situaría en la banda baja de la UE en recaudación por la tasa bancaria, dado que habría de descontar aquello que dichas entidades aportan ya al Fondo de Garantía de

En todo caso la Administración española se ha venido mostrando partidaria de aprobar la aplicación de una tasa bancaria que evite que haya que rescatar más bancos con dinero de los contribuyentes. En este sentido, durante la Reunión de Alto Nivel sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) celebrada en la sede de Naciones Unidas en Nueva York el pasado día 20 de septiembre de 2010 se defendió la imposición de una tasa sobre las transacciones financieras internacionales destinada a sufragar la lucha contra la pobreza. Concretamente el Gobierno español, tras subrayar la necesidad de buscar «fuentes innovadoras de financiación» de cara al cumplimiento en el año 2015 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio fijados por Naciones Unidas hace aproximadamente una década, señaló la conveniencia de la aplicación de un impuesto inspirado en la «Tasa Tobin», a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

¿Hasta qué punto no constituyen ya dichas aportaciones un impuesto a la banca *de facto*, en previsión de futuras crisis? Desde nuestro punto de vista quizás resultaría conveniente diferenciar a este respecto entre la aplicación de una tasa bancaria a aquellas entidades que hayan recibido fondos públicos y a aquellas otras que no hayan percibido dichos fondos, rechazándose el sometimiento a gravamen de estas últimas.

En fechas pasadas un Informe elaborado por el Premio Nobel de Economía Joseph STIGLITZ a petición de la Fundación Ideas puso de manifiesto que la aplicación de una eventual tasa a las entidades financieras podría terminar proporcionando a la Hacienda Pública de nuestro país una cantidad próxima a los 7.400 millones de euros anuales. Tal y como se señaló en el citado Informe, en cuya elaboración participaron expertos como Jeffrey SACHS y Stephany GRIFFITH-JONES, de la Universidad de Columbia (EE UU), André SAPIR, Profesor de Economía del Instituto Bruegel (Bélgica) y Nicholas STERN, exasesor del Gobierno británico sobre cambio climático, la creación de un impuesto sobre todo tipo de transacciones financieras, coordinado a nivel mundial, se presentaría como la mejor opción a adoptar. En líneas generales se abogaba en el citado Informe por recuperar la aplicación de la «Tasa Tobin», la cual habría no obstante de complementarse con impuestos sobre la banca y con la imposición de mayores recargos sobre las plusvalías de activos financieros. Todo ello en aras de utilizar los tributos como un mecanismo que permita diferenciar comportamientos y penalizar a los movimientos especulativos a corto plazo³⁵.

Depósitos. Concretamente, según estimaciones llevadas a cabo por el Ejecutivo comunitario, la implantación de la citada tasa en nuestro país podría llegar a recaudar entre 490 y 1.905 millones de euros al año. Por su parte los ingresos generados a resultas de la aplicación de la nueva tasa bancaria en el conjunto de la UE oscilarían entre 26.200 y 4.900 millones de euros al año, dependiendo del método que se elija. Los países que más recaudarían serían aquellos con mayor actividad financiera: Reino Unido (hasta 5.537 millones), Alemania (4.492 millones) y Francia (3.215 millones). Con fecha de 11 de julio el sindicato de Técnicos de Hacienda (GESTHA) valoró positivamente el posible establecimiento de una tasa global en las transacciones financieras internacionales señalándose que, a partir de un gravamen de tan solo el 0,05 por 100 podrían reducirse las operaciones especulativas, generándose unos ingresos de entre 240.000 y 560.000 millones de euros anuales en todo el mundo, cantidad que podría destinarse a inversiones y políticas activas que reduzcan considerablemente la pobreza de millones de personas en el mundo.

³⁵ El citado gravamen habría de aplicarse sobre el conjunto de las transacciones, incluidas aquellas que se formalizasen de forma bilateral fuera de los mercados regulados. A tenor de lo señalado en el referido Informe el tipo a aplicar sería bajo (entre el 0,01% y el 0,05% del importe negociado), pero suficiente para desincentivar operaciones especulativas cuyas ganancias dependen de diferencias de precio mínimas en apuestas de gran volumen a corto plazo. Se estimaba así que la eventual aplicación de esta tasa bancaria podría conducir a una reducción significativa de los volúmenes de contratación. Concretamente, con una reducción del 65 por 100 del volumen de contratación se obtendría una recaudación mundial de 467.000 millones, que en el mercado español quedaría en 2.200.

Otras posibilidades analizadas en el citado Informe fueron las relativas a la aplicación de un impuesto a la banca o la imposición de mayores recargos a las plusvalías de ciertos productos financieros, añadiéndose además que si se decidiese aplicar un tipo similar al anunciado por la Administración norteamericana (0,15%) sobre el conjunto de los activos de la banca de nuestro país podría llegar a recaudarse la cifra de 4.050 millones. Y, llevándose al 25 por 100 (tal y como sucede, por ejemplo, en Alemania) la tributación de la plusvalía de determinados activos financieros en nuestro Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (la cual, como es sabido, se sitúa en la actualidad en el 19%), posibilitaría añadir otros 1.150 millones de euros.

V. REFLEXIONES FINALES

¿Hasta qué punto la banca podría optar por trasladar a sus clientes esta nueva tasa general a la actividad bancaria aprobada en el ámbito comunitario y destinada a contribuir a la consecución de un reparto equitativo del coste de la crisis financiera y a una mayor estabilidad del sistema, introduciéndose así mecanismos de retención fiscal y tasas para las instituciones financieras? En nuestra opinión ello podría ser así en la medida en que bancos y cajas de ahorros estimen que se trata, en realidad, de un impuesto destinado a gravar el desarrollo de su actividad indiscriminado, máxime teniendo en cuenta que en nuestro país ya existe una tasa parecida, como es la aportación al Fondo de Garantía de Depósitos.

¿Cabría la posibilidad de que las entidades financieras optasen por trasladar este nuevo coste a los clientes en forma de mayores comisiones o diferenciales en los préstamos, o incluso proporcionando una menor retribución del ahorro? Desde nuestro punto de vista, así es. Téngase presente además que una cosa es la creación de una tasa que paguen aquellas entidades que hayan solicitado fondos públicos y otra bien distinta la imposición de una tasa al conjunto de las entidades financieras que termine trasladándose a la totalidad de los ciudadanos.

Ciertamente se ha de reconocer que ningún banco de nuestro país ha recibido fondos públicos a lo largo del periodo de crisis financiera que, de un tiempo a esta parte, venimos padeciendo. Una situación distinta se ha producido, en cambio, en relación con aquellas cajas que han sido objeto de un proceso de reestructuración, las cuales obtuvieron 12.000 millones de euros procedentes del FROB. De acuerdo con este planteamiento cabría preguntarse si no habrían de ser aquellas entidades que recibieron dicha cantidad de dinero para sus fusiones o aquellas que, en su día, fueron intervenidas, las que habrían de abonar dicha tasa, si bien el tipo de interés del FROB (7,75% el primer año y 0,15 puntos más cada año en los siguientes) parecía ya *per se* suficiente «impuesto».

En la actualidad se prevé que las cajas de ahorros puedan continuar con el sistema de préstamos a través del FROB, si bien se contempla igualmente la posibilidad de que el Gobierno pueda tomar una participación del capital en las entidades por un máximo de cinco años, exigiéndose a aquellas firmas que requieran la ayuda pública que adopten la forma de bancos. La ratio de capital básico que se exigirá a las entidades financieras que no cotizan se situará entre el 9 y el 10 por 100. De este modo aquellas entidades que no cuentan con inversores privados en su capital por no cotizar

tendrán que satisfacer exigencias más elevadas de solvencia. Y es que el requerimiento de *core capital* (capital básico y reservas sobre activos ponderados por riesgo) para los bancos cotizados será del 8 por 100, si bien para las entidades no cotizadas estará entre el 9 y el 10 por 100. A tal efecto se preveía que el Banco de España recabase, hasta finales de febrero de 2011, los datos de solvencia de las entidades para hacer un cálculo ajustado de las necesidades de capital y revisará en septiembre qué entidades requieren de ayudas públicas para seguir operando con normalidad.

El sector ha de captar 20.000 millones de euros en siete meses para cumplir los nuevos requisitos exigidos por el Gobierno, lo que representa prácticamente la mitad de los 40.316 millones que toda la banca europea logró en el mercado en 2010. Desde nuestro punto de vista estos mayores requerimientos de capital para la banca española son positivos, sobre todo porque obligarán a las cajas a buscar fusiones reales, más transparentes y efectivas que los Sistemas Institucionales de Protección (SIP). Ahora bien, al mismo tiempo se ha de reconocer que esta exigencia de mayores niveles de capital contribuye a incrementar la presión sobre las Administraciones regionales, que continúan siendo las principales propietarias de las cajas, al objeto de que aumenten el capital o abandonen sus actuales estructuras corporativas. Sin lugar a dudas, con la finalidad de poder alcanzar las cotas de solvencia requeridas se hace imprescindible que las cajas se transformen en banco cotizado. Y ello a pesar de que aquellas otras entidades que no alcancen dichas cotas de solvencia deban transformarse igualmente en bancos, ya que el FROB tiene previsto entrar en su capital mediante la toma de acciones. Salir a cotizar es también la única forma que tienen para captar dinero de inversores privados. Estimamos en consecuencia que dichas nuevas reglas de capital han de contribuir a impulsar nuevos movimientos de consolidación entre las cajas. Y todo ello en aras de lograr una mejora de la solvencia que opere a modo de garantía, con la finalidad de que el BCE pueda seguir prestando a la banca española la liquidez que necesite, al margen de lo que suceda en el ámbito de los mercados privados.

Por otra parte, y tal y como ya se ha señalado, nuestro sistema financiero cuenta con la presencia de un Fondo de Garantía de Depósitos destinado precisamente a la protección de estos últimos y a cuya dotación quedan obligadas el conjunto de las entidades financieras mediante un porcentaje de sus depósitos, práctica que no se da en otros países. Y, por otra parte, el Estado español aplica ya una normativa en materia de provisiones que resulta más estricta que la que ofrece el resto de países europeos.

A lo anterior se ha de sumar además el hecho de que, en el supuesto de que se actuase contra la banca, el crédito bancario podría llegar a ser menor y más caro, lo que representaría un freno para el desarrollo de la economía real, ya que provocaría de manera prácticamente automática nuevas restricciones y el encarecimiento de los créditos.

El nuevo gravamen que se aplicase habría de ser indirecto, dada la referida existencia en la actualidad de un gravamen directo, el citado Fondo de Garantía de Depósitos, al que los bancos destinan el 0,6 por 100 de los depósitos y las cajas, el 1 por 100, para proteger a los inversores y ahorradores. Se trataría de un gravamen aplicable sobre las transacciones financieras internacionales destinada a introducir orden y equidad en los mercados y que, en última instancia, podría ayudar a aportar nuevos ingresos a las arcas del Estado contribuyendo a bajar el déficit sin recortar los gastos

sociales. Dado además que, a lo largo del pasado ejercicio fiscal 2010, la banca aportó el 14,4 por 100 del total de la recaudación del Impuesto sobre Sociedades (representando su participación en el PIB menos de la mitad de esa cifra, concretamente un 6,6%), no parece razonable proceder a fijar un impuesto específico a las entidades financieras, al existir ya el citado gravamen directo a través del Fondo de Garantía de Depósitos.

Como se indicó al principio del presente trabajo, el G-20, tras su reunión celebrada en Toronto (Canadá) los días 26 y 27 de junio de 2010, decidió no apostar por la adopción de un conjunto de medidas expresamente destinadas al sector bancario, a pesar de la movilización de fondos producida en su día con la finalidad de afrontar la crisis. Dicha decisión tuvo como razón de ser garantizar la apertura del crédito y el impulso de la economía. No obstante ha de precisarse que en la citada reunión sí que se alcanzó un principio de acuerdo para la reducción del déficit público presupuestario a mitad del año 2013 sin paralizar el crecimiento ³⁶.

A la luz de esta actitud, reacia a la imposición de tasas adicionales al sector financiero para evitar nuevas restricciones, en el seno de la UE parece haberse «aparcado» la idea de imponer un impuesto a la banca. Ahora bien ello no impidió, como hemos tenido ocasión de analizar que, por ejemplo, el Gobierno alemán diese luz verde a la adopción de la citada medida, al objeto de proceder a la creación de un fondo con el que rescatar a entidades en quiebra, sin recurrir a ayudas públicas. La decisión de imponer una tasa a las entidades bancarias queda pues en manos de cada Estado. Y es que, a pesar de que en la Declaración final de Toronto se señaló que el sector bancario habrá de hacer frente a los multimillonarios costes públicos de las medidas de rescate adoptadas en el pasado, se optó por dejar las manos libres a los Estados para aumentar la presión fiscal.

El objetivo perseguido de la UE parece claro: acometer la creación de una tasa destinada a garantizar que sean las entidades financieras quienes contribuyan a financiar futuras crisis y a responsabilizar a aquellos que «originaron» la crisis actual. Ahora bien, desde nuestro punto de vista la implantación de esta tasa habría de discriminar entre los distintos países, diferenciando además entre aquellas entidades que hayan recibido ayudas y las que no, al objeto de evitar que el sector bancario termine repercutiendo el gravamen a los clientes. Y ello dado el entorno normativo actual al que han de hacer frente estas entidades, caracterizado por la caída de márgenes y por la exigencia de mayores provisiones, circunstancias que terminan siendo absorbidas por estas entidades en sus resultados.

Por su parte el BCE, frente a aquellas actuaciones que defienden la imposición de una tasa a las entidades financieras destinada a hacer frente a futuras crisis, sostiene que, con carácter previo, ha de procederse a evaluar el impacto general que la aplicación de la citada tasa produciría en la regulación del sector bancario. Se muestra así el BCE partidario de retrasar la adopción de cualquier iniciativa sobre la aprobación de una figura impositiva hasta comprobar el impacto de los nuevos requisitos de capital (Basilea 3) sobre los resultados de las entidades.

³⁶ A través del Documento Final aprobado por el G-20 en su reunión de Toronto celebrada los días 26 y 27 de junio de 2010 se confirmó la existencia de diferentes planteamientos destinados a lograr que el sector bancario contribuya de manera justa y sustancial a su propio rescate, figurando entre dichas opciones la implantación de una tasa global. Sin embargo, insistimos en que esta cuestión no terminó cerrándose tras el debate del Comité del G-20 llevado a cabo en dichas fechas.

Con posterioridad, durante la Cumbre del G-20 celebrada los días 3 y 4 de noviembre de 2011 en la ciudad francesa de Cannes, quedó puesta de manifiesto la diferencia de criterio existente entre la Administración estadounidense (partidaria de la implantación de una «tasa por la responsabilidad en la crisis financiera» que habrían de abonar los grandes bancos) y Francia y Alemania, que defendían la implantación de una tasa a las transacciones financieras a través de la cual se lograra recaudar 55.000 millones de euros al año solo en la UE. A resultas de la citada Cumbre se acordó que la UE trabajase con Argentina y Brasil para crear un grupo de países que liderasen la introducción de esta tasa, si bien dentro de la propia UE tampoco existía consenso, oponiéndose por ejemplo Reino Unido a la implantación de dicha tasa.

Esta falta de unanimidad volvió a reflejarse nuevamente durante la reunión del ECOFIN de 8 de noviembre de 2011. Únicamente España, Alemania, Francia, Finlandia, Bélgica, Eslovenia, Grecia e Irlanda apoyaban sin reservas la implantación de la tasa alegando que el sector financiero debía contribuir a los costes de la crisis, sirviendo para reducir las operaciones especulativas y para la obtención de unos ingresos necesarios para reducir el déficit y financiar el presupuesto de la UE o la ayuda al desarrollo.

Por su parte, Irlanda puso de manifiesto que el impuesto no podría imponerse en Dublín si no se paga en Londres. Y varios países de la Eurozona expresaron igualmente su oposición a la tasa, entre ellos Malta, Chipre, Italia o Luxemburgo. La propuesta fue rechazada además por Suecia, República Checa, Dinamarca, Letonia, Eslovaquia, Rumanía o Bulgaria. Países Bajos se declaró «neutral», si bien formuló en dicha Cumbre diversas reservas a su implantación.

A juicio de los Estados que rechazaban la implantación de la tasa, esta solo sería viable si se introdujese a nivel mundial. De lo contrario podría llegar a provocar la deslocalización de la industria financiera fuera de la UE, lo que tendría un impacto negativo en el crecimiento y el empleo. Además, aumentaría los costes de financiación, incluidos los de la deuda pública, y agravaría los problemas de liquidez. En opinión de la Comisión, por el contrario, la implantación de dicha tasa a las transacciones financieras podría recaudar hasta 55.000 millones de euros al año. El impuesto gravaría con un tipo del 0,1 por 100 las transacciones de acciones y bonos y con un tipo del 0,01 por 100 las de derivados, destinándose los ingresos obtenidos a financiar el Presupuesto de la UE, reduciendo así las aportaciones de los Estados miembros y los Presupuestos nacionales. De este modo contribuiría a eliminar una fuente de fragmentación en el mercado interior, además de ayudar a estabilizar la economía financiera europea.

A tal efecto una alternativa a la adopción de la citada medida podría consistir en endurecer las exigencias de transparencia y de fondos propios, dadas las importantes pérdidas de créditos que, de un tiempo a esta parte, vienen experimentando buena parte de las entidades financieras. En este sentido cabe plantearse hasta qué punto la aplicación de la citada tasa podría llegar a representar una carga excesiva sobre el sector financiero susceptible de terminar frenando la reactivación económica.

En definitiva, siendo las entidades bancarias las destinatarias de esta medida impositiva que, desde determinados sectores, ha venido siendo calificada como «cortoplacista», no sería de extrañar que aquellas terminasen subiendo el coste de mantenimiento de los depósitos u otro concepto similar.

Y dado que, en la actualidad, el 100 por 100 de la población española mantiene relaciones con los bancos, estaríamos realmente en presencia de una figura impositiva que acabaría recayendo sobre el conjunto de la ciudadanía. No parece factible, además, que las entidades financieras estén dispuestas a reducir sus beneficios por las eventuales prácticas especulativas que puedan haber desarrollado algunas de ellas.

A la hora de estudiar la implantación de una figura de este tipo debe diferenciarse entre imponer una tasa bancaria con la finalidad de destinar su importe a hacer frente a los eventuales perjuicios que puedan llegar a ocasionar los recortes del déficit, evitándose así tener que «acudir al rescate» de las entidades financieras con fondos ilimitados, de una parte, y proceder a la creación de una tasa destinada únicamente a gravar las transacciones financieras internacionales, de otra. Esta segunda posibilidad se nos antoja ciertamente complicada, pudiendo llegar incluso a provocar graves perjuicios a la banca, al originarse movimientos de capital.

A nuestro juicio de cara a una eventual implantación de la citada tasa será necesario garantizar la igualdad de trato en todos los países de los bancos europeos para evitar fugas de capitales o deslocalizaciones. Por otro lado, se ha de señalar que, si bien la aprobación de una tasa de este tipo se presenta como una medida lógica en Estados Unidos, donde el conjunto de las entidades financieras han recibido considerables inyecciones de liquidez procedentes del Tesoro norteamericano (FED), su aplicación podría tener menos fundamento en nuestro país, donde su aplicación como medida preventiva podría carecer de razón de ser, ya que la obligación de provisionar podría resultar suficiente.

En todo caso han de tenerse presentes las evidentes dificultades para poner en marcha la medida, dada la falta de consenso entre los dirigentes europeos y las distorsiones de competencia que supondría el hecho de que dicha tasa solo fuera efectiva en el perímetro de la Eurozona y no a nivel mundial ³⁷.

Más allá de su eventual impacto recaudatorio, el objetivo que habría de perseguir este tipo de peaje fiscal a la banca sería desalentar las operaciones especulativas con instrumentos financieros, limitar la volatilidad y favorecer la estabilidad del sistema. Ahora bien no parece que los dudosos beneficios aludidos puedan llegar a compensar los evidentes perjuicios en la operatividad de los mercados. En este sentido desde el propio BCE se ha venido rechazando la iniciativa, por entender que una tasa financiera impuesta solo en la Eurozona y no en el resto del mundo (y, sobre todo, en los principales mercados) se traduciría en una pérdida importante de actividad para Europa.

Por otra parte conviene tener presente que la implantación de la presente tasa podría llegar a producir efectos sobre la actividad económica y el empleo, lo que supondría un coste añadido para familias y empresas. De este modo podrían no ser los especuladores quienes cargasen con las con-

³⁷ Dicha circunstancia quedó puesta de manifiesto, por ejemplo, en la Declaración efectuada con fecha de 6 de febrero de 2012 por la Comisión de Asuntos Económicos del Parlamento Europeo, la cual se mostró escéptica sobre la posibilidad de llevar a la práctica la tasa a las transacciones financieras, propuesta por la Comisión Europea y a la que se oponen países como el Reino Unido. Los eurodiputados se pronunciaron en su mayoría a favor de que las entidades financieras contribuyan a costear los gastos de la crisis económica mediante este impuesto, pero expresaron dudas sobre si podrá llegar a aplicarse dentro de la Eurozona, en toda la UE o a escala mundial.

secuencias, sino los trabajadores y los ciudadanos. Las operaciones de cierta dimensión se deslocalizarían fuera de las plazas europeas, poniendo gravemente en riesgo su capacidad de ofrecer servicios competitivos e innovadores. En definitiva, si se optase por aplicar con carácter unilateral esta medida podría conducir a la implantación de un gravamen regresivo y de negativas consecuencias para la industria financiera de la Eurozona, al negarse valor añadido de las finanzas y el crédito en la generación de riqueza.

Para finalizar se ha de señalar que, si se decidiese la eventual implantación de esta tasa bancaria, sería deseable que los organismos supervisores cuenten con elementos de prueba suficientes como para poder acreditar que una determinada entidad no está en situación de crear un problema al sistema financiero internacional o a la economía del país, incluso en las condiciones más adversas del entorno. Y ello en aras de evitar que una crisis financiera termine ocasionando costes excesivamente elevados al conjunto de los ciudadanos.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, existe el riesgo de que el gravamen termine recayendo, no en los bancos, sino en los inversores, las empresas y los ciudadanos en general. Cualquier impuesto introducido en la compra venta de acciones, bonos o derivados podría ser inmediatamente repercutido por el intermediario financiero al inversor final, provocando un encarecimiento de la financiación de las empresas, restando liquidez al mercado financiero que lo aplique y desviando inversiones hacia otros países.

A priori el impuesto contendría una carga ínfima sobre las transacciones financieras. Ahora bien dicho porcentaje resulta superior a los costes totales satisfechos por los principales operadores a corto plazo. Así las cosas la imposición del citado gravamen podría provocar la salida de estos inversores, dejando de operar en aquellos mercados que apliquen el nuevo gravamen. Ello podría traducirse en una pérdida de liquidez en el mercado financiero (de acciones u obligaciones), con lo que se disminuiría la posibilidad de recibir inversiones extranjeras, minorándose las posibilidades de financiación de las empresas que acuden a los mercados de capitales. Un mercado en el que solo hay inversores a largo plazo no puede ser un mercado líquido. Ningún mercado tiene una liquidez adecuada si no coexisten operadores que inviertan a corto plazo, junto a inversores que invierten a largo plazo.

Con carácter adicional la introducción del citado gravamen podría implicar una reducción significativa del volumen negociado y la desviación de gran parte de la negociación a otros mercados libres de la carga del impuesto. Ello se traduciría en una bajada significativa en la compra de nuestra deuda por parte de inversores no europeos, al penalizarles con la aplicación de un impuesto sobre su inversión.

Desde nuestro punto de vista parece claro que los intermediarios financieros repercutirán el coste del impuesto a los inversores, ya sea al invertir estos directamente sus ahorros en bonos o acciones o al mantener inversiones en fondos de inversión o fondos de pensiones que, a su vez, necesariamente invertirán en acciones y bonos sujetos al impuesto. Téngase presente además que los grandes inversores internacionales cuentan con capacidad suficiente para ubicar sus vehículos de inversión y sus inversiones en mercados que no soporten este impuesto.

Téngase presente para finalizar que, con motivo de la Eurocumbre celebrada en Bruselas los días 27 y 28 de junio de 2012, los países de la Eurozona alcanzaron un acuerdo para la implantación de un impuesto sobre las transacciones financieras con una imposición equivalente al 0,1 por 100 del efectivo de todas las transacciones de bonos y acciones, y el 0,01 por 100 sobre el importe de los derivados.

LA COMPROBACIÓN DE LAS BASES IMPONIBLES NEGATIVAS DE EJERCICIOS PRESCRITOS

MIGUEL WERT ORTEGA

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EN este trabajo se analizan las limitaciones de la comprobación de las bases imponibles negativas de ejercicios prescritos. Si bien el Tribunal Supremo en aplicación de la normativa vigente hasta el año 1999 consideró que no era posible esa comprobación porque las bases negativas habían adquirido firmeza por la prescripción, tras la aprobación de la norma (art. 23.5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, extendido por el 106.4 de la Ley General Tributaria a todo supuesto de compensación o deducción de partidas procedentes de periodos anteriores) que exige la acreditación de la «procedencia y cuantía» de la base negativa se plantea si tal norma habilita o no a la Administración para efectuar la comprobación y cuáles son los límites de esta. Se examinan las sentencias más recientes, que van desde las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central que admiten una comprobación completa hasta las de diversos Tribunales Superiores de Justicia que mantienen que la única virtualidad de la comprobación es la de verificar que la base ha sido incluida en la correspondiente liquidación, y entre ambas se sitúa el criterio de la Audiencia Nacional que acepta la corrección de la base negativa en el caso de que se hubieran cometido «errores contables».

Palabras clave: compensación, prescripción y comprobación.

TAX LOSSES AUDITS OF PRESCRIBED EXERCISES

MIGUEL WERT ORTEGA

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THIS article analyses the limitations of the audits to assess negative tax bases from tax years whose legal auditing period has expired. According to the legal norms valid until 1999, the Supreme Court determined that such an audit was not possible, arguing that the tax losses was settled and could not be disputed when the auditing period had expired. After approval of a new norm (art. 23.5 of the Corporate Tax Act, extended through art. 106.4 of the General Tax Act, to any compensation or deduction of items from previous periods) establishing the need to prove the «origin and amount» of the negative tax base, the question arises of whether or not those norms allow for the Tax Administration auditing and what limits should such an audit have. This paper examines a selection of recent court decisions, ranging from the «Tribunal Económico Administrativo Central» (Economic and Administrative Court) resolutions that accept a full crosscheck, up to those of several «Tribunales Superiores de Justicia» (Regional Courts) which maintain that the only possible checking is to verify that the base has been included in the corresponding settlement, and between both stood the «Audiencia Nacional» (National Court) criteria, that accepts the correction of tax losses in the case that «accounting errors» had been committed.

Keywords: compensation, prescription and audit.

Sumario

1. Significado de la compensación de bases imponibles negativas.
2. Evolución de la regulación de la compensación de bases imponibles negativas en el IS.
3. Regulación actual de la compensación de bases imponibles negativas: requisitos.
4. La acreditación de las bases imponibles negativas objeto de compensación.
 - A) Establecimiento del deber de acreditación.
 - B) Ejercicio a partir del cual se exige la acreditación.
 - C) Medios de prueba utilizados para la acreditación.
5. Criterios doctrinales sobre el significado de la acreditación de las bases negativas y su comprobación.
6. Criterios de los tribunales.
 - A) Criterios en aplicación normativa anterior al artículo 23.5 de la Ley del IS.
 - B) Criterios sostenidos en aplicación de la normativa posterior al artículo 23.5 de la Ley del IS y 106.4 de la LGT.
7. Comentarios y conclusiones finales.

El aumento de los supuestos en los que los sujetos económicos incurren en pérdidas o, en su traslación al ámbito tributario, bases imponibles negativas, así como el incremento de sus cuantías, constituyen secuelas ineludibles de las crisis económicas, con el consiguiente impacto negativo en la recaudación tributaria y no solo en el periodo en el que se producen, sino también en el futuro, ya que la compensación de las bases negativas hará que disminuya el impuesto a satisfacer en los años siguientes. Por ello no es extraño que el tema de la compensación de bases imponibles negativas sea en este momento objeto de una especial atención en todas partes y, en especial, en aquellos países en los que las dificultades son mayores, como ocurre en España.

Este interés creciente se constata en varios ámbitos. En el plano internacional, un reciente informe de la OCDE ¹ recoge la preocupación existente sobre esta materia y desarrolla un estudio sobre el tratamiento fiscal de las pérdidas en varios de los países miembros de la organización, los esquemas utilizados en diferentes lugares de manera fraudulenta o abusiva para beneficiarse de la disminución impositiva que comportan las compensaciones de pérdidas y las propuestas de medidas tendentes a la evitación de esos esquemas.

En nuestro país, el legislador ha creído necesario, entre las medidas emprendidas para paliar la caída de ingresos tributarios, establecer una limitación transitoria (durante los años 2011 a 2013) al derecho de compensación de las bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades y en lógica contrapartida una extensión del plazo de compensación (de 15 a 18 años) ².

Ahora bien, la compensación de las bases negativas no solo ha adquirido protagonismo por la aprobación de esas medidas legislativas, sino que también suscita interés el estudio de los requisitos y de la aplicación concreta de las normas que lo regulan, entre las que destacan las referidas a la

¹ OECD (2011) *Corporate loss utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing.

² Nos referimos a las modificaciones aprobadas por el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, que en su artículo 9 establece, entre otras medidas fiscales, la limitación durante tres años (2011, 2012 y 2013) de la compensación en el Impuesto sobre Sociedades de las bases imponibles negativas de aquellas entidades que superen los 20 millones de euros de facturación, limitación que es del 75 por 100 (disminuido al 50% para los años 2012 y 2013 por el RDL 20/2012, de 13 de julio) de la base imponible previa para las que superando la cifra anterior no lleguen a los 60 millones de facturación y del 50 por 100 (25% para 2012 y 2013 por el RDL 20/2012) para los que superasen el importe anterior, lo cual ha tenido como medida derivada la ampliación del plazo de compensación a 18 años para los periodos que se inician a partir del 1 de enero de 2012.

comprobación de las bases negativas compensadas, cuestión sobre la que los tribunales han dictado recientemente algunas sentencias que inciden sobre uno de los asuntos más controvertidos de su regulación, el que va a centrar el objeto de este trabajo, relativo a la posibilidad de comprobación, y rectificación en su caso, de las bases imponibles negativas provenientes de ejercicios prescritos que son objeto de compensación en ejercicios no prescritos.

Aunque, como figura en el título de este trabajo, el tema sobre el que versa el análisis desarrollado en estas líneas está constituido por la incidencia de la prescripción en la compensación de bases negativas, referida principalmente al Impuesto sobre Sociedades (IS), hay que significar que las cuestiones que se van a tratar y las conclusiones que se formulan son trasladables a cualquier otro mecanismo de compensación o deducción de cuantías (bases o cuotas) procedentes de ejercicios anteriores, que eventualmente pudieran estar prescritos en el momento en que se comprueba el periodo en el que el sujeto aplica las deducciones o compensaciones pendientes, no solo sobre el IS sino sobre cualquier otro impuesto en el que se reconozcan en su liquidación esos mecanismos de compensación o deducción. El que se aborde específicamente la compensación de bases imponibles negativas obedece a que es el supuesto más estudiado y el que ha motivado más pronunciamientos de los tribunales, pero insistimos en que lo que se diga en este comentario respecto a la compensación de las bases negativas procedentes de ejercicios prescritos es aplicable a cualquier otra compensación o deducción de partidas originadas en periodos anteriores.

1. SIGNIFICADO DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

De las diversas opciones que teóricamente podrían haberse seguido para tratar fiscalmente, en el campo de la imposición directa, ya sea el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o el IS, la obtención de bases imponibles negativas en un periodo impositivo, el legislador español se inclinó por la compensación de dicha base negativa, al igual que con carácter generalizado se realiza en la inmensa mayoría de los sistemas fiscales de otros países. La diferencia en la aplicación de la compensación de bases negativas entre los distintos ordenamientos radica en la existencia o no de un plazo determinado de ejercicio de la compensación y en la aplicación de la misma únicamente con las bases o rentas positivas de los ejercicios futuros (*carry forward*) o también, a elección del sujeto, con las de los ejercicios pasados (*carry back*)³. En nuestro país, desde

³ Se puede consultar el panorama internacional de la compensación de bases imponibles negativas en el trabajo de MARTÍNEZ SERRANO, A.: «La compensación de bases imponibles negativas: Valoración crítica y propuestas de reforma a la luz del Derecho comparado». *Impuestos (Compendio)*, Tomo 1, año 2005, pág. 318. Según este trabajo, centrándonos en estos dos aspectos de la compensación, el plazo y la modalidad (exclusivamente con rentas positivas de ejercicios posteriores o también con las de los ejercicios anteriores) los países de la Unión Europea más Estados Unidos y Canadá presentaban las siguientes características:

- Países con plazo ilimitado y compensación en periodos anteriores y posteriores: Alemania, Francia, Holanda, Irlanda, Reino Unido.
- Países con plazo ilimitado y compensación solo en ejercicios posteriores: Austria, Bélgica, Dinamarca, Suecia.
- Países con plazo limitado y compensación en periodos anteriores y posteriores: Estados Unidos (20 años) y Canadá (7 años).
- Países con plazo limitado y compensación solo en ejercicios futuros: España (15 años), Finlandia (10 años), Portugal (6 años), Italia (5 años).

el inicio, la compensación ha estado sometida a un plazo y solo se permite con las rentas positivas de los ejercicios siguientes, no se admite la compensación con los ejercicios anteriores. Y esto vale igual para el IS y para el IRPF.

En el caso del IS, la historia de la compensación de bases a lo largo de los 50 años de vida de la misma ha evolucionado en dos direcciones principales: primero, la extensión del plazo de compensación, que partiendo de 5 años ha llegado en la actualidad a los 18 años y, en algún momento, se podría llegar a plantear la supresión del plazo, en línea con muchos países que reconocen la compensación sin límite de plazo; en segundo lugar, la preocupación por garantizar que la compensación se refiera a bases reales, para lo que se pretenden establecer los mecanismos de ajuste necesarios que dificulten que amparándose en plazo tan dilatado se traten de compensar bases negativas ficticias.

En el IRPF la compensación de las bases o rentas negativas no ha seguido una evolución paralela a la del IS. Por el contrario, en cuanto al plazo, pese a que se partió del mismo de 5 años, no ha experimentado la ampliación que ha tenido en el IS, sino que ha permanecido constante y solo se modificó para rebajarlo a 4 años coincidiendo con la reducción del plazo de prescripción. Esta diferencia de trato de las bases negativas en uno y otro impuesto no parece que tenga una base económica y jurídica muy sólida y de hecho es una separación o diferenciación que no se da en la regulación de otros países que suelen dispensar el mismo tratamiento a las rentas empresariales del IRPF y del IS. Este distinto tratamiento de uno y otro impuesto ha sido criticado por algún autor (MARTÍNEZ SERRANO) que aboga por la necesidad de reforma para igualar ambas legislaciones ⁴.

2. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS EN EL IS

Se cita como precedente de la compensación de bases negativas en el IS la compensación de pérdidas de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 1964, que se refería a pérdidas contables y se caracterizaba por la imposición de exigencias específicas de registro contable y porque requería la comunicación previa a la Administración.

Con las leyes del IRPF y del IS de 1978 se adopta el sistema de compensación que se aplica en la actualidad, como compensación de la base fiscal y no como compensación de pérdidas contables. En esas leyes se preveía un plazo de compensación común de 5 años, tanto para las bases negativas del IS como para las rentas negativas o las disminuciones patrimoniales del IRPF, mismo plazo que el de prescripción del derecho a liquidar la deuda tributaria establecido en la Ley General Tributaria (LGT), con lo cual había sincronía entre uno y otro plazo.

⁴ «La compensación de bases imponible negativas...», *op. cit.*, pág. 317. Esta autora pone de relieve que «aunque la ley del IRPF introduce en algunos de sus preceptos la igualdad en el trato entre los rendimientos de actividades económicas con la Ley del Impuesto de Sociedades, y se remite a su regulación en muchos aspectos, existen discriminaciones importantes, tal es el caso de compensación de la base imponible negativa. Desde nuestro punto de vista, ante esta situación, es preciso efectuar una reforma que aproxime el tratamiento fiscal de las pérdidas empresariales en el IRPF al aplicable en el Impuesto sobre Sociedades».

El siguiente hito está representado por la Ley 43/1995 del IS, en la que el cambio fundamental fue la ampliación del plazo de compensación a 7 años, lo que abre un proceso de paulatina extensión del plazo, incrementado sucesivamente a 10 años en 1999, a 15 años en 2002 y, por fin, tras la última reforma introducida por el Real Decreto-Ley 9/2011, a los 18 años, que es el que rige en la actualidad.

Pero, lógicamente, a la par que se emprendía este proceso de extensión del periodo de compensación, y más tras la reducción del plazo de prescripción a 4 años llevada a cabo por la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, se vio la necesidad o conveniencia de establecer algún mecanismo que evitase el aprovechamiento indebido de tan dilatado plazo para practicar compensaciones que no fueran reales.

Para alcanzar este objetivo pueden arbitrarse varias soluciones. Una, la de mayor alcance, sería que la Administración pudiera comprobar sin limitación temporal por razón de prescripción la base negativa en el ejercicio en que se efectúa la compensación, es decir, que la prescripción solo afectase a la comprobación de la base negativa a partir del periodo en que se efectúa la compensación. La otra opción, de menor impacto, sería que en cualquier caso, estuviese o no afectada por la prescripción, fuese necesario para realizar la compensación acreditar la existencia y efectividad de la base negativa. Con carácter general, el legislador español ha optado por la segunda de las anteriores vías. No consideró oportuno en su momento establecer nada singular sobre la incidencia de la prescripción en este supuesto pero sí impuso una obligación o carga para el obligado tributario de acreditar la realidad de la base imponible negativa. Así, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, introdujo un nuevo apartado 5 en el artículo 23 de la Ley 43/1995, que decía: «El sujeto pasivo deberá acreditar, en su caso, mediante la exhibición de la contabilidad y los oportunos soportes documentales, la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron». Por tanto, los medios de acreditación o prueba de la «procedencia y cuantía» se identificaban con la contabilidad y los soportes documentales. El apartado 5 fue posteriormente modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, para añadir como medio de acreditación «la exhibición de la liquidación o autoliquidación». Y así continúa en la actualidad tras la más reciente reforma de la compensación en el IS.

3. REGULACIÓN ACTUAL DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS: REQUISITOS

Tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TR de la Ley del IS) por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, la compensación de las bases imponibles negativas se encuentra regulada en el artículo 25, cuyo apartado 1 dispone: «Las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los periodos impositivos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos». De lo establecido en este precepto se deducen los siguientes requisitos o condiciones para practicar la compensación de las bases negativas:

1. En primer lugar, lo que se compensa es la base imponible negativa, que en el régimen general de estimación directa se obtiene, según previene el artículo 10 del TR de la Ley del IS corrigiendo el resultado contable mediante la aplicación de los ajustes previstos en la propia normativa del impuesto. En consecuencia, lo que se compensa no es la pérdida contable, sino la base imponible negativa, es decir, la magnitud fiscal, con lo que puede ser que contablemente se hayan producido pérdidas, y por el juego de los ajustes al resultado contable resulte una base positiva o, a la inversa, puede que la entidad hubiese obtenido un beneficio contable, pero que se transforme en base imponible negativa al aplicar ajustes previstos en la norma fiscal. Además, como se atiende a una magnitud fiscal y no contable, no se requiere el saneamiento de las pérdidas para efectuar la compensación en el IS.
2. El segundo requisito, según el apartado que estamos comentando, es que las bases imponibles negativas hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación, es decir, hubiesen sido liquidadas por la Administración, fruto de una comprobación, existiese o no previa autoliquidación presentada por la entidad, o bien hubiesen sido objeto de autoliquidación no comprobada administrativamente. Lo que no se admite es que se puedan compensar bases negativas no declaradas o no determinadas por la Administración.

Este es un requisito que en actualidad parece claro, pero que anteriormente había sido muy controvertido. La necesidad de que las bases negativas hayan sido autoliquidadas o liquidadas se impuso en la redacción de la Ley 24/2001, antes no existía mención alguna de esta exigencia, simplemente se decía que las bases negativas podrán ser compensadas con las rentas positivas de los años posteriores. No obstante, pese a la ausencia de previsión expresa de este requisito algunos tribunales habían interpretado que era necesario que se hubiese presentado la declaración ⁵. Otros, en cambio, entre ellos el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), se inclinaron por considerar que se podían compensar bases negativas aunque no existiese declaración previa de la entidad ⁶.

⁵ Entre los pronunciamientos en este sentido destacan diversas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía, como la de 23 de marzo de 2001 [recurso 1234/1998 (NFJ010945)] en la que se afirmaba que: «Se configura, por tanto, la compensación como un derecho a favor del sujeto pasivo consistente en un crédito fiscal a su favor y que puede ejercitar dentro de los cinco años siguientes según su propio interés, y que se realiza, artículo 158 del Reglamento, por el sujeto pasivo al tiempo de realizar la declaración del Impuesto; no existe requisito formal previo, opera automáticamente cuando el sujeto pasivo quiera realizar la compensación en el periodo indicado, pero siempre y cuando se haya hecho constar en la declaración del Impuesto», o la de 8 de junio de 2001 y, recientemente, la de 11 de marzo de 2010 [recurso 409/2007 (NFJ040556)] en la que se manifiesta que la modificación del artículo 23 de la Ley del IS no es más que una aclaración dirigida a solucionar discrepancias, por lo que tanto antes como después de la modificación se exige que la base haya sido declarada. Otro pronunciamiento que parte de la exigencia de declaración previa es la Sentencia del TSJ de Murcia de 30 de julio de 2007 en la que se decía que el que no haya que guardar la declaración no eximen la carga de probar que la presentó. También se mostraba partidaria de la exigencia de declaración previa la Sentencia del TSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2000 [recurso 300/1998 (NFJ010040)], en la que se afirmaba que: «Así, no puede equipararse el concepto económico-contable de pérdidas al concepto tributario de base imponible. Esta es el resultado de aplicar las normas propias de cada tributo a los hechos de naturaleza jurídica o económica que configuren el hecho imponible (art. 47 y ss. LGT). En el caso del IS la base imponible es la expresión tributaria de los resultados (negativos o positivos) de la actividad del sujeto pasivo. Por consiguiente, es presupuesto de su determinación la existencia de un acto del propio sujeto pasivo (autoliquidación) o de la Administración Tributaria (liquidación)».

⁶ Por ejemplo, la Resolución de 6 de septiembre de 1994 [RG 913/1993 (NFJ003691)], en la que en relación con una compensación realizada al amparo de la normativa del IS de 1978 se decía que de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 del Reglamento del IS (RD 2631/1982, de 15 de octubre) «se deducen dos conclusiones: Primera. Que no hacen ninguna referencia a que sea condición necesaria para la existencia de base imponible que el sujeto pasivo haya o no presentado decla-

3. En tercer lugar, se exige que en el periodo en el que se efectúa la compensación se hubiera obtenido una renta positiva. No se habla de que se hubiera obtenido una base imponible positiva, sino rentas positivas porque, de acuerdo con la definición de la base imponible del artículo 10 del TR, la base negativa que se compensa forma parte de la base imponible de ese periodo.

Lo que significa este requisito es que no es posible compensar las bases negativas de periodos anteriores con rentas negativas del ejercicio en que se efectúa la compensación y determinar así una mayor base negativa a compensar en el futuro, sorteando de esa manera el plazo de compensación.

4. La compensación se ha de realizar en el plazo de 18 años inmediatos y sucesivos. Nótese que se habla de años y no periodos, con lo cual la compensación se puede efectuar en más de 18 periodos si hubiera alguno o algunos que fueran inferiores al año. Incluso con la normativa anterior, la Ley 61/1978, en la que el periodo de compensación se establecía en «ejercicios» (art. 18 de la Ley 61/1978), no en años, el Tribunal Supremo (TS) en Sentencia de 23 de mayo de 2011 [recurso 4091/2008 (NFJ043403)] interpretó que se refería a años.

El plazo se cuenta desde el ejercicio en que se obtuvieron las bases imponibles negativas. Por excepción, el propio artículo 25 del TR de la LIS prevé dos supuestos en los que el inicio del cómputo del plazo se sitúa no cuando se incurre en las pérdidas, sino desde que la sociedad comienza a tener resultados positivos. Estos supuestos son el de las sociedades de nueva creación (apartado 3) y el de las bases negativas derivadas de la explotación de nuevas autopistas, túneles y vías de peaje realizadas por las sociedades concesionarias de tales actividades (apartado 4).

El hecho de que se imponga un límite temporal podría parecer algo consustancial a la propia institución de la compensación de bases, pero no es así. Si bien nuestra tradición ha sido fiel al establecimiento de un plazo máximo para realizar la compensación, en otros países de nuestro entorno, entre ellos en muchos de la Unión Europea (Alemania, Francia, Reino Unido, Holanda, Irlanda, etc.)

ración por el impuesto. Si no lo ha hecho, habrá incurrido en infracción que será sancionable en la forma que corresponda, pero ello no implica en absoluto que no exista base imponible. Segunda. Que si el ejercicio ha prescrito, la Administración no puede practicar en el beneficio contable los ajustes previstos en el Reglamento del Impuesto, con la consecuencia de que el beneficio contabilizado se transforma sin más en base imponible definitiva. Y en consecuencia, en caso de pérdidas, las contabilizadas en un ejercicio prescrito son las compensables en los cinco ejercicios inmediatos siguientes».

La de 23 de octubre de 1996 [RG 8984/1993 (NFJ004918)] en la que se aborda la cuestión de la presentación de la declaración del IS en la que se consignan las bases negativas una vez transcurrido el plazo de prescripción, y se señala que aunque en ninguna norma «se condiciona tal derecho de compensación al hecho de haber sido declaradas tales pérdidas y de aquí que no pueda negarse la posibilidad de ejercitarlo aún en ausencia de declaración... de forma que existe base imponible negativa aunque no haya sido declarada, con el correlativo derecho –cabe añadir– a su compensación. Claro es que la efectividad de tal derecho de compensación quedará supeditado a su prueba por el contribuyente» y la Resolución de 13 de febrero de 2004 [RG 4799/2002 (NFJ016811)] en la que se reitera que aunque la declaración no es necesaria, si lo es una prueba de su efectividad, sin que se le pueda otorgar efectos a la declaración presentada después de la prescripción. Respecto a otros tribunales que han manifestado igualmente que no se requiere la presentación de una declaración tributaria para poder practicar la compensación de las bases negativas, el TSJ de Galicia, en la Sentencia de 24 de septiembre de 2008 [recurso 16186/2008 (NFJ034652)] declara que aunque no se exige la presentación de la declaración, el hecho de que se hubiera presentado la declaración una vez prescrito el periodo y que la contabilidad se hubiera legalizado fuera de plazo impiden considerar acreditadas las bases imponibles negativas.

no hay tal limitación, por lo que no sería de extrañar que en un futuro, siguiendo el ejemplo de esos países que así lo tienen reconocido, se pudiera admitir la compensación sin límite temporal, cualquiera que fuera el ejercicio del que procedieran ⁷.

No es fácil encontrar una razón concreta por la que en la actualidad el plazo sea de 18 años y no uno mayor o menor o incluso que no exista. En un principio, cuando se inició el reconocimiento de la compensación se estableció un plazo de ejercicio de 5 años por dos razones: la conveniencia de conciliar el plazo de compensación con el de prescripción del derecho a liquidar y para facilitar la comprobación de las bases negativas objeto de compensación, pues si se admitiera un plazo más largo sería más complicada y costosa la comprobación por la Administración y exigiría al contribuyente un esfuerzo adicional de conservación de la documentación.

Desde el momento en que comienza el proceso de aumento del plazo esas dos razones dejaron de pesar y ahora se puede hablar de una disociación absoluta del plazo de compensación y el de prescripción, por lo que resulta perfectamente normal que se compensen bases de ejercicios que se encuentran prescritos en el momento de la compensación.

No obstante, la limitación temporal del derecho a compensar las pérdidas, sea cual sea el plazo al que se sujeta, es puesta en cuestión por la doctrina desde el punto de vista de los principios generales del derecho tributario, pues como advierte TRIGO Y SIERRE «la limitación temporal del derecho a la compensación de las bases imponibles negativas atenta directamente contra el principio de capacidad económica pues el hecho de que queden bases imponibles negativas sin compensar por razón del transcurso del plazo supone que la renta sometida a gravamen en la entidad en que esto se produzca no será la que efectivamente ha obtenido» ⁸.

4. LA ACREDITACIÓN DE LAS BASES IMPONIBLES NEGATIVAS OBJETO DE COMPENSACIÓN

A) Establecimiento del deber de acreditación

Junto a los requisitos anteriores, como venimos indicando en este trabajo, la regulación de la compensación en el IS ha incorporado desde el año 1999 una exigencia adicional, recogida actualmente en el apartado 5 del artículo 25 del TR de la Ley del IS, la acreditación de la realidad de las bases imponibles negativas, en los siguientes términos: «El sujeto pasivo deberá acreditar la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda, mediante la exhibición de la liquidación o autoliquidación, la contabilidad y los oportunos soportes documentales, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron».

⁷ Argumentos a favor de la compensación sin someterse a límite temporal los encontramos en el trabajo de ÁLVAREZ GARCÍA, S. y ROMERO JORDÁN, D.: «Líneas de reforma del Impuesto sobre Sociedades en el contexto de la Unión Europea», *Documentos DOC*, n.º 13/02 del Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, págs. 8 y 9.

⁸ TRIGO Y SIERRE, L.F.: «El ejercicio de la potestad comprobadora de la Administración con relación a las bases imponibles negativas del Impuesto sobre Sociedades», *Quincena Fiscal*, n.º 17, octubre de 2000, pág. 19.

Además, superando el ámbito del IS y el de la compensación de las bases en el IS, en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el artículo 106, apartado 4 (que actualmente es el 5), dentro de la sección 2.^a referida a la prueba, del capítulo II sobre las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios, extendió la carga de acreditar la procedencia y cuantía con carácter general a todo supuesto de compensación o deducción de cantidades procedentes de ejercicios prescritos, en los siguientes términos: «En aquellos supuestos en que las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o las deducciones aplicadas o pendientes de aplicación tuviesen su origen en ejercicios prescritos, la procedencia y cuantía de las mismas deberá acreditarse mediante la exhibición de las liquidaciones o autoliquidaciones en que se incluyeron la contabilidad y los oportunos soportes documentales».

En primer lugar, hay que subrayar la sustancial coincidencia entre ambas normas, el artículo 25.5 del TR de la Ley del IS y el artículo 106.5 de la LGT. La más antigua, la del IS, habría sido trasladada por la LGT para su aplicación respecto a todo tipo de cantidades que se compensen o deduzcan en un ejercicio procedentes de otro anterior y respecto a todo tipo de impuestos. Sin embargo, se aprecian ciertos desajustes en la redacción del artículo 106.5 de la LGT con respecto a la del TR de la Ley del IS, que podrían originar problemas en su interpretación. Así, mientras en el artículo 25 del TR de la Ley del IS se habla de «exhibición de la liquidación o autoliquidación, contabilidad y soportes documentales», en el 106.5 de la LGT se dice «exhibición de las liquidaciones o autoliquidaciones en la que se incluyeron (sin la coma) la contabilidad y los oportunos soportes documentales». Debemos preguntarnos si la ausencia de la coma fue intencionada o se debió exclusivamente a un olvido, a un error. Si fuera lo primero, lo que se exigiría sería la «liquidación en la que se incluyeron la contabilidad y los soportes documentales», lo cual es algo carente de todo sentido, completamente absurdo. El único sentido plausible, como subraya PONT CLEMENTE ⁹, es el que resultaría de poner la coma.

Otra duda es el objeto de la acreditación, qué se tiene que probar. Ambas normas señalan que lo que se tiene que probar son dos cosas: la procedencia y la cuantía de las cantidades compensadas o deducidas. Lo segundo, la cuantía, no plantea dudas. Lo primero, la procedencia, sí puede generarlas. Según el diccionario de la Real Academia Española «procedencia» puede significar tanto «origen, principio de donde nace o se deriva algo» como «conformidad con la moral, la razón o el derecho». Si fuera esta última la acepción, el contribuyente tendría que demostrar que la base correcta era la negativa, e incluso que esa base negativa era la que se ajustaba a las normas contables y fiscales, lo que equivaldría a posibilitar la comprobación plena de la base imponible negativa por parte de la Administración. En cambio, si la acepción válida fuese la primera, esto equivaldría a la necesidad de probar el origen, la fuente de los datos de los que se deriva la base negativa, pero no presupondría nada respecto a la conformidad a derecho de la base. Ante la duda que provoca la equivocidad del término procedencia, podría ayudar a desvelar el sentido pretendido por el legislador fijarnos en otro precepto de la misma LGT que se refiere a la cuestión que estamos analizando, el artículo 70 relativo a los efectos de la prescripción sobre las obligaciones formales, que en el apartado 3.º establece que: «La obli-

⁹ PONT CLEMENTE, J.F.: «La revisión de las deducciones en la cuota procedentes de ejercicios anteriores: operatividad de la prescripción», *Impuestos*, n.º 18/2009, pág. 220. El autor hace notar que si fuera querida la ausencia de la coma «solo deberían utilizarse como prueba las liquidaciones y autoliquidaciones que reflejarían una previa contabilidad y una previa documentación», mientras que si la interpretación fuese la contraria y faltase una coma, habrían de mostrarse las tres cosas. Entiende que esta última «es la más verosímil, no solo por sentido común, sino porque la coma aparece correctamente ubicada en el artículo 25.5 del TR de la Ley del IS...».

gación de justificar la procedencia de los datos que tengan su origen en operaciones realizadas en periodos impositivos prescritos se mantendrá durante el plazo de prescripción del derecho para determinar las deudas tributarias afectadas por la operación correspondiente». Por tanto, en principio, la utilización de las palabras «datos» y «origen» en relación con la procedencia puede dar a entender que la acepción que se considera oportuna es la primera, por lo que su empleo no es directamente demostrativo de que se admite la comprobación plena de la base negativa de un ejercicio prescrito.

B) Ejercicio a partir del cual se exige la acreditación

Teniendo en cuenta que la exigencia de acreditación fue introducida por la Ley 40/1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999 para los ejercicios iniciados a partir de esa fecha, se discute si sería de aplicación a las bases negativas compensadas o a las producidas o generadas a raíz de ese ejercicio.

La normativa no contiene ninguna disposición que expresamente establezca la entrada en vigor de la exigencia, pues la Ley 40/1998 que la introdujo y la Ley 24/2001 que la modificó únicamente contenían la norma transitoria sobre la entrada en vigor de la ampliación del plazo de prescripción, pero nada relativo a la entrada en vigor de la acreditación.

Algunos autores ¹⁰ opinan que la solución estará en función del carácter que se le conceda a la norma de acreditación. Si fuera una norma de procedimiento o de derecho formal no habría problemas en exigirla a las compensaciones realizadas a partir de la entrada en vigor de las normas que lo establecieron, es decir, el año 1999, aunque se refiriesen a bases negativas de ejercicios anteriores. Sin embargo, si fuera una norma sustantiva la aplicación a las bases originadas en periodos anteriores a 1999 supondría otorgarle efectos retroactivos, lo que estaría vedado, por lo que no podría ser aplicada a las bases impositivas negativas nacidas antes de la reforma pero aún no aplicadas.

Con independencia del carácter que se asigne a la disposición, lo cierto es que existe unanimidad entre los tribunales en considerar que la norma se puede aplicar a las pendientes de compensar a la entrada en vigor de la modificación. Así, el TEAC en las Resoluciones de 21 de diciembre de 2006 [RG 3103/2004 (NFJ047683)] y de 20 de diciembre de 2007 [RG 2411/2006 (NFJ028049)] y diversas Sentencias de la Audiencia Nacional (AN) [Sentencias de 16 de diciembre de 2010, de 2 de febrero de 2011 (NFJ044051) y de 21 de julio de 2011 (NFJ043961)], se han pronunciado de esta manera, tomando como referencia la Sentencia del TS de 9 de octubre de 1998 [recurso 9664/1992 (NFJ006929)], la cual resolvió un caso de compensación de pérdidas en el que era de aplicación la normativa de 1978, vigente en el momento de la compensación, y no la correspondiente a los ejercicios en que se obtuvieron las bases impositivas negativas, basándose en el tenor de la disposición final primera de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, sobre entrada en vigor de la misma. Para la AN, teniendo en cuenta la sustancial identidad entre esa disposición y la final de la Ley 40/1998 «debe concluirse que, habiendo entrado en vigor la Ley 40/98 el 1 de enero de 1999, y en consecuencia la exigencia contenida en el nuevo apartado 5 del artículo 23 de la Ley 43/1995, las compensacio-

¹⁰ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: «La compensación de bases impositivas negativas en el Impuesto sobre Sociedades», *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005, págs. 509 a 511.

nes que se practiquen a partir del 1 de enero de 1999 se rigen por el referido artículo 23 de la Ley 43/1995 con la inclusión del apartado 5.º objeto de la controversia».

C) Medios de prueba utilizados para la acreditación

El requerimiento de acreditación de los artículos 25.5 del TR de la Ley del IS y 106.5 de la LGT se concreta en la exhibición o aportación de tres tipos de documentos: las autoliquidaciones o liquidaciones en las que consten las magnitudes correspondientes, la contabilidad y los soportes documentales.

En primer lugar, respecto a la liquidación o autoliquidación, antes que otra cosa, conviene puntualizar que si la base negativa ha sido objeto de liquidación administrativa de carácter definitivo, esta representa el medio completo y suficiente para acreditar la realidad de la base negativa.

Por otro lado, como se advierte en alguna sentencia [AN de 26 de mayo de 2011 (NFJ044945)], a la que aludiremos más adelante, la exigencia de exhibición de la liquidación o autoliquidación tropieza con el derecho, consagrado desde la Ley 1/1998, y ahora reconocido en el artículo 34.1 h) de la LGT, de que no se está obligado a aportar de nuevo documentos que ya se entregaron a la Administración. Un principio de ordenada gestión por la Administración supone hacerse cargo de los documentos entregados, custodiarlos y poder acceder a ellos en cualquier momento en que se necesiten.

El derecho de no aportación de documentos entregados a la Administración se concreta, en relación con los procedimientos tributarios, en el artículo 99.2 de la LGT que atribuye a los obligados tributarios el derecho a rehusar la presentación de los documentos que hayan sido previamente presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración actuante.

Parece que estamos en presencia de una auténtica incongruencia normativa, pues la exigencia de exhibición es contradictoria con el derecho de no aportación de los mismos documentos. Para solucionarla proponemos interpretar que la mera falta de exhibición de la liquidación o la autoliquidación no puede desencadenar la negación de la compensación y que el contribuyente puede oponer a la Administración este derecho, en cuyo caso la Administración tendría obligación de localizarlo. Solo en el caso de que no le conste a la Administración, porque, por ejemplo, hubiera un error de identificación o no figurase correctamente archivada o registrada la que se hubiera presentado, debería exigir al que pretende ejercer la compensación para que aporte la copia de la liquidación o de la declaración que dice haber presentado.

El segundo medio de prueba está constituido por la contabilidad, cuya exigencia está conectada con la obligación de conservación de la documentación según la normativa mercantil y contable. El artículo 30 del Código de Comercio establece: «Los empresarios conservarán los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio, debidamente ordenados, durante seis años, a partir del último asiento realizado en los libros, salvo lo que se establezca por disposiciones generales o especiales».

No obstante, la posible incompatibilidad entre las exigencias de acreditación de los artículos 25.5 del TR de la Ley del IS y 106.5 de la LGT con la obligación de conservación mercantil queda a salvo por lo dispuesto en el artículo 70 de la LGT, pues aunque dicho precepto se inicia con la afirmación de que: «Salvo lo dispuesto en los apartados siguientes, las obligaciones formales vinculadas a otras obligaciones tributarias del propio obligado solo podrán exigirse mientras no haya expirado el plazo de prescripción del derecho para determinar estas últimas», en el apartado 3 se contiene una excepción crucial a los efectos que estamos considerando: «La obligación de justificar la procedencia de los datos que tengan su origen en operaciones realizadas en periodos impositivos prescritos se mantendrá durante el plazo de prescripción del derecho para determinar las deudas tributarias afectadas por la operación correspondiente».

Por lo tanto, aunque inicialmente el plazo de conservación de la documentación a efectos fiscales es el de 4 años de la prescripción, inferior, por consiguiente, al de la obligación de conservación mercantil, hay que tener en cuenta la distinta forma de cómputo, las fechas desde las que se cuentan uno y otro plazo. El de prescripción desde el vencimiento de la obligación de presentar la declaración y el de conservación de la documentación contable desde la fecha del último asiento y, además, hay que tener en cuenta las interrupciones de la prescripción, por lo cual el plazo de 4 años puede verse ampliado hasta superar al de 6 años del Código de Comercio. Y, por último, hay que tener en cuenta lo que previene el artículo 70.3 de la LGT, por lo que mientras no prescriba el ejercicio en que se compensa la base negativa subsistirá la obligación de justificar la procedencia de los datos, obligación en la que se incluye la de conservar y aportar la documentación contable.

En consecuencia, sea cual sea el tiempo que haya transcurrido, si el sujeto tiene pendientes de compensar bases impositivas negativas, los libros de contabilidad tienen que ponerse a disposición de la Administración si esta lo requiere como justificación de la compensación y si no se cumple esta obligación se podrá denegar la misma.

Ahora bien, ¿es suficiente con la simple existencia de la contabilidad o es precisa que se trate de una contabilidad correctamente llevada? Parece razonable pensar que el requisito se incumple no solo ante la ausencia de la misma, sino también cuando concurren anomalías sustanciales que impidan otorgarle fiabilidad.

En cuanto a qué se considera contabilidad a los efectos de la exigencia de acreditación, DURÁN-SINDREU ¹¹ estima que las cuentas anuales son el documento suficiente para acreditar la existencia de las bases impositivas negativas en el ejercicio de que se trate, pues en ella «queda debidamente acreditado el resultado del ejercicio, recogiendo a su vez la Memoria, como documento integrante de las Cuentas Anuales, la debida información sobre la situación fiscal de la empresa».

En el caso de sujetos que no están obligados a la llevanza de la contabilidad según la normativa mercantil, como ocurre con las personas físicas que realizan actividades económicas, la exigencia del artículo 106.5 de la LGT se ha de entender referida a los registros exigidos por las normas tributarias.

¹¹ DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: «La compensación de bases impositivas negativas en el Impuesto sobre Sociedades», *Manual del Impuesto sobre Sociedades*, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, pág. 517.

El tercer y último medio de prueba es el de los soportes documentales, al que se refieren las normas que comentamos sin añadir más precisión, lo que, como señaló la AN en la Sentencia de 26 de mayo de 2011 (NFJ044945), suscita importantes dudas interpretativas.

En principio, por soportes documentales debemos entender aquellos que sirven para justificar las operaciones realizadas y los asientos registrados en contabilidad. Dentro de ellos se comprenden las «facturas, justificantes y documentos sustitutivos que deban emitir o conservar los obligados tributarios» a los que se refiere el artículo 29.2 e) de la LGT respecto a las obligaciones tributarias formales y el artículo 171 d) del Real Decreto 1063/2007, de 27 de julio, Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT) al enumerar la documentación de los obligados tributarios.

Es dudoso si entre los soportes documentales que constituyen el medio de prueba de la base imponible negativa se encontrarían los «documentos, datos, informes, antecedentes y cualquier otro documento con trascendencia tributaria» a los que aluden la letra f) del artículo 29.2 de la LGT y la e) del artículo 171 del RGAT. MONTESINOS¹² opina que no existiendo obligación de conservar esos documentos, según el artículo 70 de la LGT, difícilmente podrán constituir medio de prueba para desvirtuar los que, según el artículo 106.5 de la LGT, debe aportar el obligado tributario. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, no está claro que el artículo 70.3 de la LGT deje fuera esos documentos, pues el precepto se refiere a la obligación de «justificar la procedencia de los datos» sin precisar más, por lo que no vemos la razón para excluir los justificantes distintos de las facturas o documentos equivalentes, en la medida en que sirviesen para justificar aspectos o características sustanciales de la operación o del hecho o circunstancia económica que se discute.

Más problemático es si cabe acudir a documentos o datos requeridos por terceros, pues el artículo 70.2 de la LGT limita la obligación de los terceros de proporcionar documentación o información a requerimiento de la Administración a que la solicitud se formule dentro del plazo de exigencia de las propias obligaciones formales del tercero. No obstante, aunque no se le puede obligar a que aporte esa información o documentación, nada impediría que el tercero acceda a facilitar lo que es requerido y que lo aportado constituya un medio de prueba a efectos de calificar el hecho u operación realizado por el sujeto que compense las bases negativas.

5. CRITERIOS DOCTRINALES SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA ACREDITACIÓN DE LAS BASES NEGATIVAS Y SU COMPROBACIÓN

La cuestión capital que plantean las normas de acreditación que se han reseñado es la de los efectos que producen sobre la facultad de comprobar las bases negativas de ejercicios prescritos. En principio, si atendemos a la literalidad de la norma y su ubicación sistemática hay que observar que

¹² MONTESINOS OLTRA, S.: «La comprobación de los elementos del tributo originados en periodos prescritos», obra colectiva «*Tratado sobre la Ley General Tributaria*» Homenaje a Álvaro Rodríguez-Bereijo, pág. 1.336.

se emplea la palabra acreditar y que el artículo 106 de la LGT se sitúa, como indicamos anteriormente, en la sección de la prueba, por lo que habría que concluir que el legislador está calificando la norma como una regla sobre la carga de la prueba, es decir, un precepto que pretende establecer cómo atribuir, a quién y de qué manera, la prueba de las bases imponibles negativas a compensar. Esta regla no contiene referencia o particularidad alguna sobre la prescripción de las bases negativas, y si hubiese querido establecer alguna singularidad en cuanto a la prescripción lo habría dispuesto expresamente, con lo cual hay que entender que la pretensión ha sido no alterar el régimen de prescripción de esas bases negativas.

En nuestro ordenamiento hay ejemplos en los que se ha establecido una norma especial para la prescripción en los casos de compensación de bases imponibles negativas. Así, en el régimen de las sociedades cooperativas el artículo 24.1 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, establece respecto a las cuotas negativas que obtengan estas (teniendo en cuenta que a las cooperativas no se les aplica el régimen de compensación de bases negativas del IS sino un régimen de determinación y compensación de cuotas negativas) que «a los solos efectos de determinar los importes compensables, la Administración tributaria podrá comprobar las declaraciones y liquidar las cuotas negativas correspondientes aunque haya transcurrido el plazo al que se refiere el artículo 64 de la Ley General Tributaria». De igual modo, en el marco de los regímenes especiales por razón del territorio, la norma foral del IS de Navarra, Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, dispone en el artículo 39.3: «En el supuesto de practicarse la reducción prevista en el artículo 40 se considerará que no han prescrito los periodos impositivos a los que correspondan las bases liquidables negativas, a los solos efectos de cuantificar la reducción que proceda». Por lo tanto, no es impensable que la regulación general tributaria y la estatal del IS hubiese establecido una norma particular para la prescripción de la compensación de bases imponibles negativas en el IS con carácter general, y si no lo ha hecho así, en principio, cabe entender que regirán las reglas generales de la prescripción.

Ahora bien, aceptando que esta norma sobre acreditación de las bases negativas no implica una derogación particular de la regla de la prescripción de los 4 años desde el vencimiento de la obligación de presentar la declaración, nos debemos preguntar en qué medida afecta a la comprobación.

Uno de los primeros autores que se pronunció sobre el sentido de lo dispuesto en el artículo 23.5 de la Ley del IS fue SANZ GADEA, que en un estudio publicado al poco tiempo de aprobarse la norma ¹³ afirmó que la comprobación de las bases imponibles negativas debe efectuarse respecto al ejercicio en que se declaró, no respecto al ejercicio en que se compensa, de forma que en su opinión «... las bases imponibles negativas correspondientes a periodos impositivos prescritos deben ser admitidas a compensación sin que la Administración tributaria pueda rechazarlas por más que pudiera advertir *prima facie* alguna irregularidad». Dicho esto, respecto al alcance de la norma de acreditación, el citado autor señalaba: «No quiere decir esto que el sujeto pasivo pueda sin más, compensar la base imponible negativa que se le antoje, pues parece obvio que deberá probar la existencia de la misma, básicamente exhibiendo la declaración correspondiente al periodo impositivo en el que se determinó dicha base imponible negativa, pero la Inspección de los Tributos no podrá discutir su importe ni efectuar otras comprobaciones que constatar que la declaración exhibida es la presentada

¹³ SANZ GADEA, E.: «Compensación de bases imponibles negativas», *RCyT*. CEF, n.º 192, 1999, págs. 15 a 19.

en su día». En este contexto, el citado autor explicaba la exigencia de acreditación del artículo 23.5 de la Ley del IS como una carga que se impone al sujeto que pretende efectuar la compensación, que no faculta a la Administración Tributaria y, en particular, a la Inspección de los Tributos para comprobar la veracidad de la contabilidad, ni para examinar si el resultado contable ha sido determinado correctamente por aplicación de las normas mercantiles». De modo que según esta opinión «... no cabe que la Administración desarrolle una comprobación de la base negativa si estuviese prescrito el ejercicio en que se originaron, únicamente puede verificar si la contabilidad exhibida cumple los requisitos formales exigidos por la norma mercantil, sin que pueda entrar a verificar la veracidad de los hechos contables recogidos en la misma».

Sin embargo, esta interpretación temprana del sentido de la norma de acreditación fue revisada por el propio autor en otro trabajo posterior ¹⁴. SANZ GADEA opina ahora que como el artículo 23.5 de la Ley del IS no aludía a la actividad administrativa de comprobación, la de la base imponible negativa debía enmarcarse en la comprobación del periodo impositivo al que dicha base negativa correspondía, si bien tras la aprobación de la LGT de 2003, cuyo artículo 106.4 hemos visto que dice sustancialmente lo mismo que el artículo 23.5 de la Ley del IS, el panorama cambia radicalmente. El citado autor afirma que: «los artículos 70.3 y 106.4 de la LGT de 2003 permiten sostener que la base imponible negativa compensada en un periodo no prescrito, procedente de otro periodo prescrito, podrá ser objeto de una comprobación en sentido propio, estando a tal efecto, el sujeto pasivo obligado a exhibir la contabilidad y los oportunos soportes documentales». Es decir, en su opinión, no fue el artículo 23.5 de la Ley del IS el que posibilitó que se pudieran comprobar las bases imponibles negativas sino los artículos 70.3 y 106.4 de la LGT de 2003.

Volviendo al primer criterio que mantuvo SANZ GADEA, otros autores se han posicionado en contra de admitir que se pueda comprobar las bases imponibles negativas de los ejercicios prescritos pese a lo dispuesto en las normas que estamos examinando. Así, PONT CLEMENTE ¹⁵ considera que la norma de acreditación no puede ir contra la inatacabilidad de la base y que la virtualidad de la regla de carga de la prueba que impone no entra en juego cuando haya liquidación expresa, solo cuando haya liquidación tácita. COLMENAR VALDÉS ¹⁶ señala que «la posibilidad de comprobar las bases imponibles negativas de ejercicios prescritos choca frontalmente con el artículo 120 de la LGT de 1963, ya que aquellas bases negativas declaradas por el sujeto pasivo han adquirido firmeza por no haberse comprobado en plazo» y que «no existe impedimento alguno para que la Administración compruebe las declaraciones referidas a las bases imponibles negativas dentro de tiempo hábil, sin tener que esperar al ejercicio de la compensación. Si no lo hiciera así, no puede volver sobre unas declaraciones que han adquirido firmeza, pues lo que hace la prescripción es sancionar esta inactividad de la Administración».

Frente a la corriente doctrinal anterior se alza otro grupo de comentaristas que son partidarios de admitir la comprobación y corrección, en su caso, de las bases negativas de ejercicios prescritos. En primer lugar, es ya tradicional aludir a la opinión de FALCÓN Y TELLA de que la prescripción impi-

¹⁴ SANZ GADEA, E.: «Impuesto sobre Sociedades (II). Comentarios y casos prácticos», RCyT. CEF, 2004, pág. 1.516.

¹⁵ PONT CLEMENTE, J.F.: «La revisión...», *op. cit.*

¹⁶ COLMENAR VALDÉS, S.: «La compensación de bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades», *Impuestos*, Tomo II, 1997, pág. 107.

de el ejercicio de la potestad de investigación salvo que su objeto no sea una obligación tributaria, por lo que no existe obstáculo si se trata del ejercicio de potestades de investigación referidas a periodos prescritos que tengan trascendencia en obligaciones aún no prescritas ¹⁷.

TRIGO Y SIERRE ¹⁸ considera que como la obtención de una base imponible negativa en el IS de un periodo impositivo concreto no determina derecho alguno a favor de la Administración, no puede hablarse de prescripción de un derecho que no existe y que si bien la Administración no puede ejercer la potestad inspectora, investigando y comprobando hechos a fin de determinar una deuda tributaria prescrita, no existe obstáculo alguno al ejercicio de la misma cuando la finalidad es otra. Por ello, entiende que la Administración puede ejercer su potestad comprobadora en relación con los hechos determinantes de las bases imponibles negativas de periodos impositivos pasados, sin que el transcurso del plazo de prescripción merme en ningún sentido su capacidad. Basándose en diversas sentencias del TEAC y AN de 1996 y 1999, a las que más adelante aludiremos, opina que la potestad comprobadora de la Administración no tiene que circunscribirse a una mera verificación de la cifra de la base negativa mediante su contraste con la declaración o el documento contable y, por tanto, la comprobación puede extenderse a los hechos, operaciones y ajustes determinantes de la base negativa en cuestión, pudiendo rectificar el importe a compensar.

MONTESINOS OLTRA, en una amplia monografía sobre la compensación de bases negativas ¹⁹, analiza el estado de la doctrina sobre este punto y, a través del examen del objeto sobre el que recae la prescripción, llega a la conclusión de que es posible comprobar la veracidad de una base imponible negativa presuntamente prescrita, dentro del plazo de comprobación del periodo impositivo en que se ha compensado. En cuanto a las consecuencias que tiene la exigencia de acreditación de la procedencia y cuantía de las bases negativas de ejercicios prescritos, este autor, dejando a salvo el criterio que pudiera adoptar el TS cuando se enfrente a un supuesto que requiera la aplicación de la norma de acreditación, entiende que «existen razones para entender que los preceptos referidos (los arts. 70 y 106 LGT), más allá de representar una mera concreción de la regla general sobre la carga de la prueba dentro de los procedimientos de aplicación de los tributos, habilitan en estos casos alguna actividad de verificación por parte de la Administración, si bien es dudoso que pueda hablarse de comprobación en sentido propio». Para fundamentar su opinión acude a la habilitación expresa que para las cooperativas prevé el artículo 24.1 de la Ley 20/1990, por lo que por «una elemental exigencia de igualdad de trato debe entenderse que el artículo 106.4 de la LGT tiene idéntico alcance» ²⁰.

PASCUAL PEDREÑO entiende que el artículo 23.5 de la Ley del IS tendría sentido si su pretensión fuera que si del examen de la contabilidad y los soportes documentales se desprende que la base imponible negativa acreditada a compensar no es la correcta, la Administración pueda regularizar la situación tributaria del periodo en que tuvo lugar dicha compensación ²¹.

¹⁷ FALCÓN Y TELLA, R.: «Prescripción de tributos y sanciones», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 98, 1998, pág. 204. Del mismo autor, sobre este tema de la prescripción *La prescripción en materia tributaria*, La Ley, año 1990.

¹⁸ TRIGO Y SIERRE, L.F.: «El ejercicio de la potestad...», *op. cit.*, págs. 20 y 21.

¹⁹ MONTESINOS OLTRA, S.: *La compensación de bases imponibles negativas*, Aranzadi, año 2000, págs. 269 a 308.

²⁰ MONTESINOS OLTRA, S.: «Sobre la posibilidad de comprobar bases, cuotas o deducciones originadas en periodos impositivos prescritos», *Tribuna Fiscal*, n.º 249, julio de 2011, pág. 71.

²¹ PASCUAL PEDREÑO, E.: «La compensación de pérdidas de ejercicios anteriores en el Impuesto sobre Sociedades», *Impuestos*, Tomo II, año 1999, pag. 141.

Otros autores (MARTÍN FERNÁNDEZ y GRAU RUIZ) propugnan que se modifique el precepto de la LGT que se ocupa de la interrupción de los plazos de prescripción «en el sentido de considerar que el ejercicio del derecho a compensar las pérdidas interrumpe la prescripción del derecho de la Administración a comprobar su efectividad»²².

En resumen, existe una apreciable división en la doctrina sobre esta cuestión debido a la distinta interpretación del alcance de la norma de acreditación exigida por la Ley del IS y extendida por la LGT a todo supuesto de compensación o deducción de partidas procedentes de ejercicios prescritos. Mientras unos consideran que la exigencia de acreditación no equivale a la atribución de una facultad de comprobación a la Administración, otros autores, basándose fundamentalmente en que la liquidación de una base negativa no conlleva la determinación de deuda tributaria alguna, entienden que no hay impedimento en comprobar y corregir, en su caso, las bases negativas en el momento de su compensación, aunque se refieran a ejercicios prescritos.

6. CRITERIOS DE LOS TRIBUNALES

Al igual que ocurre con la opinión de la doctrina, también los tribunales han mantenido criterios y posiciones diversas sobre la posibilidad de comprobar las bases negativas de ejercicios prescritos.

Aunque el punto central de nuestro análisis lo constituye el impacto de la norma de acreditación sobre la comprobación de las bases negativas y, en consecuencia, el punto de vista de los tribunales sobre esta cuestión, es necesario aludir también a la posición que mantuvieron en relación con la normativa vigente con anterioridad a la introducción de la carga probatoria, en la medida en que influye decisivamente en el sentido que le otorgan algunos tribunales a dicha carga, por lo que la exposición la dividiremos en dos partes: los pronunciamientos referidos a la normativa anterior a la introducción de la norma de acreditación del artículo 23.5 de la Ley del IS y los que se han abierto paso tras la aprobación de esa norma.

A) Criterios en aplicación normativa anterior al artículo 23.5 de la Ley del IS

Antes de que se consolidase la jurisprudencia del TS a la que más adelante aludiremos, se puede decir que el criterio que tuvo un mayor eco y relevancia fue el que mantuvieron principalmente la AN y el TEAC que se puede resumir en la siguiente proposición: lo que prescribe es el derecho a determinar la deuda mediante la liquidación tributaria pero no la facultad de comprobar, por lo que en ningún momento se impide por razón de la prescripción comprobar las bases negativas con ocasión de la liquidación del ejercicio en que se compensan, con independencia de que se obtuvieran en un ejercicio ya prescrito.

²² MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y GRAU RUIZ, A.: «El tratamiento de las pérdidas en el Impuesto sobre Sociedades», *Carta tributaria*, n.º 309/1999, pág. 8.

La Sentencia de la AN de 16 de julio de 1996 [recurso 207463/1990 (NFJ007168)] defiende que la prescripción no afecta a la comprobación que lleva a cabo la Inspección, de manera que en relación con la comprobación para la determinación de la deuda del IS de 1980, en el que se compensaba una base imponible negativa del año 1976, ejercicio prescrito, puede ser objeto de revisión esa base negativa, si bien a los solos efectos de determinar la procedencia de la partida incluida como compensación de pérdidas en 1980 y sin que ello en ningún caso suponga determinar una deuda tributaria correspondiente a 1976, que es a lo que alcanza la prescripción con arreglo al artículo 64 de la LGT. Al mismo tiempo, la indicada sentencia sale al paso de la consideración como acto de interrupción de la prescripción la consignación de una base a compensar, porque la finalidad de la inclusión de la compensación no es la liquidación o pago del ejercicio en que se obtuvo la base negativa, sino la del ejercicio en que se compensa. En conclusión, se declara que «ha de considerarse correcta la actuación de la Inspección de los Tributos al comprobar la partida incluida como compensación de pérdidas en la declaración del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a 1980, por más que su origen se refiera a una declaración del mismo impuesto en la que había prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación».

En igual sentido se expresa la Sentencia del mismo Tribunal de 11 de marzo de 1999 [recurso 62/1996 (NFJ007774)] en la que se insiste que «la actividad que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación, y la acción para exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, que se ha de sujetar al contenido legal de tal facultad».

Asimismo, en la Sentencia de 11 de abril de 2002 [recurso 974/1999 (NFJ013388)] se confirma una vez más la doctrina que estamos viendo, por lo que pese a estar prescrito el derecho a determinar la deuda del ejercicio en que se obtuvieron las bases impositivas negativas, esto no obsta a que se pueda corregir esa misma base que es objeto de compensación en otro ejercicio no prescrito, procediendo la corrección de que no fuera deducible una provisión de insolvencias incluida en la fijación de esa base negativa.

La misma doctrina fue asumida por el TEAC, pues aunque en un principio se mostró partidario de no admitir la comprobación de las bases negativas de ejercicios prescritos²³, cambió posteriormente de criterio y asumió el de la AN. Así, en la Resolución de 22 de septiembre de 1999 [RG 8619/1995 (NFJ008274)] se recoge esta idea de la siguiente manera: «... la actividad inspectora puede producirse en todo momento sin que la misma esté sujeta a plazo alguno. Sin embargo, su eficacia no puede traspasar el plazo de prescripción recogido en el artículo 64 de la LGT, de forma que si la Administración puede comprobar los datos declarados por el sujeto pasivo, configurando los elementos que condicionan las sucesivas declaraciones, lo que no puede hacer es extender a los ejercicios que quedan fuera del plazo contemplado en el artículo 64 de la LGT, los efectos de la comprobación. Es decir, la actividad sujeta a prescripción es la de determinación de la deuda tributaria mediante la correspondiente liquidación, así como la acción para exigir su pago, pero no la actividad de comprobación que se ha de sujetar al contenido legal de tal facultad. El artículo 64 de la LGT enerva los derechos y acciones de la Administración no ejercidos en el plazo de cinco años tendentes a liquidar y exigir lo liqui-

²³ Entre otras, las Resoluciones de 10 de junio de 1992 y de 23 de octubre de 1996 [RG 8984/1993 (NFJ004918)].

dado, pero no prohíbe la posibilidad de comprobación de los elementos de las declaraciones vigentes, fijando los datos en los que se asientan, ...». En el mismo sentido se pronunciaron las Resoluciones de 19 de noviembre de 1999 [RG 654/1996 (NFJ047678)], de 7 de abril de 2000 [RG 9242/1996 (NFJ009269)] de 12 de abril de 2002 y otras muchas más.

Sin embargo, esta posición, que contaba con una elaborada y rigurosa fundamentación y estaba avalada por una parte de la doctrina, se puede considerar desterrada a raíz de una serie de sentencias del TS que han creado una jurisprudencia en sentido contrario a lo mantenido por esos tribunales. En primer lugar, es preciso hacer referencia a la Sentencia del TS de 13 de marzo de 1999 [recurso 2911/1994 (NFJ008037)] referida a un supuesto de compensación de pérdidas por una entidad transparente producidas en un ejercicio anterior a la entrada en vigor de la Ley del IS de 1978, en la que deniega la revisión de la base negativa de un ejercicio prescrito pues, según argumenta, una vez transcurridos los 5 años subsiguientes a la presentación de la declaración «ningún precepto autoriza a legitimar una revisión de las declaraciones siguientes», sin que proceda tampoco considerar interrumpido el plazo de prescripción conforme se fueron presentando las declaraciones en la que se hacían constar las bases pendientes de compensar ²⁴.

El criterio fue confirmado por su Sentencia de 30 de enero de 2004 [recurso 10849/1998 (NFJ016990)], que respecto a un caso no de base imponible negativa sino de aplicación de deducción por inversiones de ejercicios anteriores pendientes de aplicar por insuficiencia de cuota estima que la prescripción del derecho a liquidar el IS de un ejercicio produce la firmeza de la deducción por inversión realizada en dicho ejercicio, lo que implicó, «aunque hubiera incurrido en *error iuris* y fuera errónea», también la firmeza de la parte de esta deducción que no pudo deducirse en ese ejercicio, por exceder del límite legal, y que se dedujo en el siguiente ²⁵.

El Alto Tribunal mantuvo su posición en la Sentencia de 17 de marzo de 2008 [recurso 4447/2003 (NFJ028630)] referida ya a la compensación de bases negativas pero en el IRPF, que afirma que la

²⁴ En el fundamento cuarto se dice: «... la autoliquidación del contribuyente, efectuada en 1979, se revela como decisiva y clave en la cuestión. Una vez transcurridos los cinco años subsiguientes a la misma ningún precepto autoriza a legitimar una revisión de las declaraciones siguientes, y por tanto de las amortizaciones fijadas y aprobadas en 1979. En 1985, por tanto, había prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria figurada en el ejercicio del año 1982, aplicando el plan comprobado en 1979. Tampoco puede admitirse que, anualmente, cuantas veces se fueron presentando las liquidaciones de los años posteriores, se fue interrumpiendo el plazo de prescripción [...], el Reglamento del IS de 15 de octubre de 1982 [...] exigió en su artículo 159 a) "que se trate de bases impositivas negativas, bien por haber sido comprobadas bien por haber ganado la prescripción. En tanto no tengan carácter definitivo, las compensaciones realizadas por el sujeto pasivo tendrán la consideración de provisionales, pudiendo ser objeto de rectificación posterior por la Administración Tributaria", lo que es tanto como afirmar que, una vez prescrito el ejercicio en que se materializó la compensación, estamos en presencia de una base imponible negativa de carácter definitiva, irrevocable por la Administración...».

²⁵ En la sentencia se manifiesta: «... si la sentencia de instancia declaró prescrito el derecho a liquidar el ejercicio 1982, es inquestionable que la aplicación del tipo de la deducción del 15%, aunque hubiera incurrido en *error iuris* y fuera errónea, adquirió firmeza y no podía ser modificada, [...]. Es claro e inquestionable que la cantidad deducible en el ejercicio 1982, por importe de 122.353.080 pesetas, adquirió firmeza, por virtud de la prescripción reconocida por la sentencia de instancia, no recurrida en casación por la Administración General del Estado, de manera que esta no podía modificarla, reduciéndola, en el momento de su traslación al ejercicio siguiente 1983. El efecto de la prescripción declarada respecto del ejercicio 1982, se extendió obviamente al ejercicio 1983, en cuanto a la deducción trasladable a dicho ejercicio 1983».

declaración de prescripción de un ejercicio es incuestionable que, como señaló la Sentencia de 30 de enero de 2004 (NFJ016990), aunque se hubiera incurrido en un *error iuris* y fuera errónea, adquirió firmeza y no puede ser modificada y asimismo manifiesta que «tampoco puede aceptarse la variación de la cantidad que, por el propio funcionamiento de la figura, puede trasladarse a los ejercicios siguientes. La cantidad compensada por el contribuyente en el ejercicio 1989, procedente de la base imponible negativa del ejercicio 1984, debe estimarse, por lo tanto, correcta, sin que quepa alteración de la misma por parte de la Inspección».

De igual modo, la de 25 de enero de 2010 [recurso 955/2005 (NFJ037876)] aplica a un supuesto de compensación de la minusvalía generada en el IRPF, una vez más, el criterio de que la prescripción de un ejercicio determina la imposibilidad de comprobación y regularización por parte de la Administración, pero, y esto es importante, hace la salvedad de lo que resulta aplicable tras la reforma del artículo 23.5 de la Ley del IS y de los artículos 70.3 y 106.4 de la LGT al señalar que «el criterio expuesto, por razón de unidad de doctrina, debe aplicarse al supuesto que nos ocupa, anterior a la vigencia de la actual LGT, Ley 58/2003, de 17 de diciembre. Y, por tanto, sin poder tener en cuenta las consecuencias que deriven de los artículos 70.3 y 106.4 de dicha ley, inaplicables *ratione temporis* para resolver la cuestión suscitada. Así pues, únicamente, con base en la jurisprudencia elaborada en relación con la ley anterior, sin que necesariamente sea proyectable a las referidas previsiones de la LGT/2003, ha de considerarse que la cantidad consignada en la declaración del año 1985 ha adquirido firmeza y, en consecuencia, dicha cantidad debe ser admitida por la Administración que debe permitir, por tratarse de base imponibles negativas, que puedan ser utilizadas por el contribuyente en declaraciones de ejercicios posteriores».

En el mismo sentido se han pronunciado las Sentencias de 8 de julio de 2010 (recurso 4427/2005) y de 2 de febrero de 2012 [recurso 441/2008 (NFJ046332)] y 8 de marzo de 2012 [recurso 3780/2008 (NFJ047090)].

Por tanto, aunque el TS confirma en repetidas ocasiones su teoría de que la prescripción impide la comprobación y rectificación de las bases imponibles negativas compensadas que procedan de ejercicios prescritos, matiza que esta conclusión es aplicable a los periodos anteriores a la introducción del artículo 23.5 de la Ley del IS y las normas relacionadas de la LGT de 2003 y deja a salvo el criterio que sería aplicable tras esa modificación legislativa, sin concretar cuál es.

Esta jurisprudencia fue aceptada y asumida por el TEAC y la AN. Así, podemos citar las Resoluciones del TEAC de 24 de septiembre de 2008 [RG 4354/2008 (NFJ030453)]²⁶ y de 10 de mayo de 2011 [RG 2814/2002 (NFJ043206)]. En cuanto a la AN, entre las numerosas sentencias que han corroborado el acatamiento de la jurisprudencia del TS citaremos las Sentencias de 20 de enero de 2003 (recurso 465/2000), 3 de abril de 2003 (recurso 831/2000), 14 de julio de 2005 (recurso 926/2002), 4 de noviembre de 2010 [recurso 112/2008 (NFJ041457)].

²⁶ En la resolución se manifiesta que la aplicación de la jurisprudencia del TS supone que respecto a las bases imponibles negativas que han adquirido firmeza por la prescripción, «no cabe su modificación y tampoco la variación de las bases y deducciones que estén pendientes de compensación o aplicación en los ejercicios siguientes (créditos fiscales), no pudiendo ampararse dicha variación en las facultades de comprobación reguladas en los artículos 109 y siguientes de la Ley 230/1963, General Tributaria».

B) Criterios sostenidos en aplicación de la normativa posterior al artículo 23.5 de la Ley del IS y 106.4 de la LGT

Indudablemente, la aprobación del artículo 23.5 de la Ley del IS puso en cuestión la vigencia de la unidad de criterio que impuso la jurisprudencia del TS, si bien su trascendencia y el sentido que debe atribuirse a la exigencia que introdujo ha sido enfocado por los tribunales a los que se le han planteado supuestos que requieren la aplicación de la nueva norma de acreditación conforme a tres líneas de interpretación principales:

- a) La primera es la dirección que han seguido algunos tribunales contenciosos que, aunque con distintos matices, continúan estimando válida la doctrina del TS incluso tras la nueva norma y entienden que la carga de acreditación no significa que se puedan comprobar de forma completa las bases negativas de ejercicios prescritos, que devienen firmes por la prescripción y no son modificables.

Entre las sentencias más interesantes exponentes de esta posición citamos las siguientes:

- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco de 30 de noviembre de 2009 [recurso 1329/2007 (NFJ043951)], en la que se afirma que «... pese al contenido del apartado 5 del artículo 24 de la Norma Foral reguladora del Impuesto sobre Sociedades, el Tribunal Supremo no deja otro cauce de interpretación que la imposibilidad de comprobación de las bases impositivas negativas de ejercicios prescritos por haber adquirido firmeza, de modo que si la Hacienda Foral no investiga o comprueba dentro del plazo de prescripción una liquidación tributaria, se transforma *ope legis* en definitiva e inalterable conforme al sistema del artículo 120.2 de la LGT de 1963 y artículo 121 NF de Bizkaia de 1986, aplicables al caso...», si bien matiza que «... lo que no significa que la Administración haya quedado privada de la facultad de comprobar la aplicación de la base imponible negativa de 1.997 en periodos de gravamen posteriores como el de 2.002, sino que la comprobación quedará estrictamente vinculada a verificar el ajuste y procedencia de la suma aplicada desde datos y parámetros ya consolidados y desde la perspectiva del empleo o aplicación que ya se haya hecho con anterioridad de la misma, fuera de todo replanteamiento de su validez en términos jurídico-normativos y fuera también de todo posible replanteamiento del cálculo o determinación global originario del resultado tributario firme».
- La Sentencia del TSJ de Castilla y León de 17 de septiembre de 2010 [recurso 850/2008 (NFJ041238)], en la que se manifiesta que la Administración no puede modificar aquellas bases impositivas negativas, que devinieron definitivas, bien por haber ganado la prescripción o, en su caso, por haber sido comprobadas por la Inspección, y que lo único que puede hacer es examinar en ese ejercicio si se han declarado incorrectamente las bases pendientes de compensación, o si, en su caso, ya se han compensado en ejercicios precedentes²⁷.

²⁷ Se afirma que: «... lo que no puede la Administración es modificar aquellas bases impositivas negativas, que devinieron definitivas, bien por haber ganado la prescripción, o en su caso, por haber sido comprobadas por la Inspección, como aquí aconteció, pues como matiza la STS de 13 de marzo de 1999 antes citada, una vez prescrito el ejercicio en que se materializó la compensación, estamos en presencia de una base imponible negativa de carácter definitiva e irreversible por la Administración.

- También resulta interesante la del TSJ de Madrid de 28 de abril de 2011 [recurso 301/2009 (NFJ043718)] en la que lo novedoso es su interpretación de la exigencia de aportación de justificantes contables y documentales, pues declara que los mismos «... son exigibles en ausencia de declaración y así lo viene entendiendo la Sala en virtud de la referida presunción de veracidad que la ley concede a las declaraciones tributarias de los interesados», por lo que habiendo aportado la entidad los originales de las declaraciones del IS presentadas, considera que han quedado acreditadas las bases impositivas negativas de los ejercicios anteriores pendientes de compensar, negadas por la Administración.
- b) La otra corriente es la que respalda el TEAC, que desde el primer momento consideró que la norma de acreditación atribuye a la Administración tributaria la facultad de comprobación de las bases impositivas negativas de los ejercicios prescritos si bien a los únicos efectos de su compensación. Así, la Resolución de 20 de diciembre de 2007 [RG 2411/2006 (NFJ028049)], además de señalar que la norma de acreditación se aplica a las bases negativas compensadas a partir de la entrada en vigor del apartado 5 del artículo 23 de la Ley del IS admitió que la carga de acreditar equivalía a la atribución a la Inspección de la facultad de comprobación de dichas bases ²⁸.

En la Resolución de 13 de mayo de 2009 [RG 2766/2008 (NFJ035047)] además de reafirmarse en su tesis de que los preceptos sobre la acreditación que estamos comentando atribuyeron a la Administración la facultad de comprobar las bases negativas de ejercicios prescritos, indica que la doctrina del TS no es de aplicación tras la LGT de 2003 ²⁹.

En el mismo sentido la Resolución de 21 de septiembre de 2011 [RG 889/2010 (NFJ045527)] relativa no a las bases impositivas negativas, sino a deducciones pendientes generadas en ejer-

En consecuencia, una vez admitida la posibilidad de compensación de bases impositivas negativas en ejercicios posteriores, aun cuando se deriven de ejercicios prescritos, lo determinante para la procedencia de tal compensación será la efectiva correlación entre las bases declaradas a compensar en la declaración del ejercicio 2006 y las comprobadas por la Inspección de los Tributos en esos ejercicios, pues como se ha dicho, esas bases lo que no pueden es ser revisadas por la Administración con ocasión de la declaración del Impuesto correspondiente al ejercicio 2006, pero sí se podrá examinar en ese ejercicio si se han declarado incorrectamente las bases pendientes de compensación, o si en su caso, ya se han compensado en ejercicios precedentes, por lo que desde esta perspectiva ha de decaer la prescripción invocada...».

- ²⁸ En la resolución se indica que: «... Dicho precepto junto a la ampliación del plazo de compensación introdujo de forma expresa la obligación de acreditar la procedencia y cuantía de estas bases, la cual debe realizarse mediante la exhibición de la contabilidad y los correspondientes soportes contables, y como ha sido criterio de este Tribunal, entre otras, en resolución de 21 de diciembre de 2006 [RG 3103/2004 (NFJ047683)], la nueva norma se aplica a los ejercicios que sean objeto de comprobación posteriores a la entrada en vigor de dicha norma que compensen bases negativas "cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron"».
- ²⁹ La resolución, entre otras cosas, afirma en relación con la aplicación tanto del artículo 23.5 de la Ley del IS, como de los artículos 70.3 y 106.4 de la LGT que: «... viene claramente a modular el instituto de la prescripción en el sentido de que el hecho de que haya prescrito el derecho de la Administración a liquidar una concreta deuda tributaria no impide que las magnitudes relativas a tal deuda (base impositiva negativa, deducciones pendientes de aplicación, ...) puedan ser comprobadas por dicha Administración en cuanto son determinantes de la deuda tributaria de un ejercicio no prescrito objeto de inspección...», y en cuanto a la alegación del reclamante en relación con la jurisprudencia del TS a la que se ha hecho referencia, declara que como se puso de manifiesto en la Resolución de 24 de septiembre de 2008 (NFJ030453): «..., acogida por este TEAC la doctrina legal emanada del Tribunal Supremo, esta debe restringirse al ámbito temporal y legislativo de los supuestos fácticos enjuiciados por el alto Tribunal, no pudiendo extenderse a una inspección realizada bajo la vigencia de la Ley 58/03, que ha venido a cambiar radicalmente la normativa anterior facultando la comprobación de las bases impositivas negativas de ejercicios prescritos cuando estas se compensan en ejercicios no prescritos conforme a sus artículos 70.3 y 106.4».

cicio prescrito y aplicadas en ejercicio no prescrito, para lo que considera que el artículo 106.4 de la LGT habilita a la Administración para la comprobación plena de la procedencia y cuantía de la deducción, pudiendo revisar la adecuación a derecho de la deducción o la compensación que pretende efectuar y no solo para la verificación del cumplimiento formal de sus obligaciones contables³⁰.

Por tanto, para el TEAC la comprobación que puede llevar a cabo la Administración es completa, consistente no solo en la verificación del cumplimiento de las obligaciones formales y de conservación de los soportes documentales, sino también de que sea procedente la deducción o la compensación en aplicación de la normativa, contable o fiscal, que corresponda.

c) Posición de la AN.

Entre los dos enfoques anteriores se puede situar la doctrina de la AN que consideramos intermedia pues, como veremos, se separa de la que mantienen algunos TSJ de seguir la doctrina del TS para la etapa anterior, pero no llega a la aceptación de la comprobación plena que postula el TEAC.

Como muestra de esta posición, en primer lugar citamos la Sentencia de la AN de 2 de diciembre de 2010 [recurso 246/2007 (NFJ041980)] que señala que a tenor de lo previsto en el artículo 23.5 de la Ley del IS se puede exigir la acreditación de las bases negativas y que al comprobar las bases impositivas negativas de ejercicios prescritos no se está vulnerando la regla de la prescripción, pues la regularización afecta a los ejercicios no prescritos, de manera que si las bases negativas no se acreditan se pueden corregir en la liquidación del ejercicio no prescrito³¹.

Pero las sentencias, hasta ahora, más esclarecedoras son las de 26 de mayo de 2011 (NFJ044945) y de 21 de julio de 2011 (NFJ043961).

³⁰ En la resolución se dice: «Centrada la cuestión en un problema de extensión de facultades de comprobación es obvio que lo que hace el precepto es habilitar a la Administración a comprobar los soportes documentales pertinentes a efectos de constatar la concurrencia o no de los requisitos legalmente establecidos a efectos de determinar la procedencia y cuantía de las deducciones aplicadas o declaradas como pendientes de aplicar procedentes de ejercicios prescritos, sin poder reducir la cuestión a una simple función de conservación y exhibición de tales soportes documentales. Y ello es claro por cuanto que el referido artículo 106 de la LGT no queda enmarcado en el seno de la prescripción (Sección 3.ª del Capítulo IV del Título II) y, en concreto, de la prescripción en relación con las obligaciones formales» (a ello está dedicado en concreto el art. 70 de la LGT) sino en el seno de la Sección dedicada a «La Prueba» (Sección 2.ª del Capítulo II del Título III) llevando por título «Normas sobre medios y valoración de la prueba».

³¹ En la sentencia se afirma que: «La parte recurrente tiene razón y no es posible, por parte de la Inspección, proceder a la regularización de uno o varios ejercicios ya prescritos, pero ello no es lo realizado por la Administración en el presente supuesto, toda vez que lo que ha hecho la Inspección es comprobar las bases impositivas negativas de los ejercicios 1995 y 1996 en el ejercicio 1997, comprobado, de tal forma que la potestad de la Administración, no aquejada de prescripción, sí puede manifestarse en objetar la improcedencia de efectuar la incorporación de las referidas bases, atendido el hecho de que tal ejercicio sí es objeto efectivo de comprobación, sin perjuicio de que no sea posible extender la comprobación al examen y contenido de ejercicios ya prescritos.

Téngase en cuenta que el artículo 23.5 de la Ley 43/1995 señala que el sujeto pasivo deberá acreditar, en su caso, mediante la exhibición de la contabilidad y los oportunos soportes documentales, la procedencia y cuantía de las bases impositivas negativas, cuya compensación pretenda, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron, lo que no ha sucedido en el caso de autos, tal como ha relatado por el TEAC, según hemos expuesto y cuya resolución debe ser confirmada.

Consecuentemente, no se ha producido una regularización que afecte a ejercicios prescritos, tal y como la parte defiende, por lo que procede la desestimación del motivo de impugnación esgrimido».

En la de 26 de mayo de 2011 [recurso 292/2008 (NFJ044945)] las apreciaciones y conclusiones más destacables son las siguientes:

- a) En primer lugar, confirma el carácter de la regla contenida en los artículos 23.5 de la Ley del IS, 70.3 y 106.4 de la LGT como carga probatoria de la existencia e importe de la base imponible negativa que da origen a su compensación en un ejercicio no prescrito, que es el liquidado y comprobado por la Inspección.
- b) Observa que la exigencia de la exhibición de la liquidación o autoliquidación es contrario a lo establecido en el artículo 34.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria, que reconoce entre los derechos del contribuyente el de: «h. Derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración». Sin embargo, una vez constatada esta aparente contradicción, la sentencia no formula conclusión o consecuencia alguna. Anteriormente, en el apartado 4 c), hemos tratado esta cuestión y se ha formulado una propuesta para solucionar la contradicción.
- c) De los tres elementos de prueba o acreditación que establecen esas normas, la liquidación o autoliquidación, la contabilidad y los soportes documentales, el tribunal se centra en los últimos, los soportes documentales que se exigen para la acreditación, señalando al respecto que: «La cuestión que cobra más relieve es, si es posible la comprobación de los documentos o soporte documental que sirvieron para que el sujeto pasivo determinara la base imponible negativa del ejercicio prescrito, al único efecto de determinar la deuda tributaria del ejercicio no prescrito, que constituye el objeto de comprobación y liquidación actual; y todo ello, partiendo del hecho de que aquella deuda tributaria consolidada por la prescripción no puede fijarse nuevamente como consecuencia de ese hecho jurídico». Y en relación con esta aportación delimita los efectos de la misma, que «... únicamente se despliegan sobre el ejercicio actualmente objeto de comprobación y liquidación, pues el resultado de esa comprobación, previo el cumplimiento de la carga de la prueba por parte del sujeto pasivo, vendrá a fijar la deuda tributaria vigente».

Por tanto, de esta forma, con este enunciado, el tribunal está fijando de manera inequívoca que la prescripción afecta a la determinación de la deuda tributaria, y que la acreditación y comprobación correlativa que pudiera efectuarse afecta únicamente a la deuda tributaria del ejercicio no prescrito y, al mismo tiempo, formula de forma clara que en relación con la determinación de la deuda del ejercicio no prescrito es admisible la comprobación de la base imponible negativa que es objeto de compensación aunque se refiere a un ejercicio prescrito. Para refrendar su tesis acude precisamente a la jurisprudencia del TS que hemos visto, lo cual puede a primera vista parecer sorprendente, si bien en nuestra opinión no lo es porque lo que quiere la AN es marcar las diferencias entre la imposibilidad de comprobación que concluían las sentencias del TS y la posibilidad de comprobación que acepta la AN: esta se refiere al ejercicio no prescrito en el que se compensa la base negativa y a los solos efectos de la aportación documental que exige el artículo 25.5 del TR de la Ley del IS. Es decir, la AN no pretende contradecir al TS, sino subrayar que a partir de 1999 con la exigencia de acreditación de las bases negativas se ha abierto una posibilidad de comprobación, referida al ejercicio no prescrito en que se efectúa la compensación, que antes no estaba contemplada, pero esto en absoluto

supone permitir que se compruebe el ejercicio prescrito a los efectos de determinar la obligación tributaria del mismo.

Pero, como decíamos, la sentencia se centra en los soportes documentales en los que el sujeto pasivo fundamenta la existencia de la base imponible negativa. Al respecto señala que: «La Sala entiende que si del resultado de esa comprobación contable se advierte por la Inspección que la cuantía reflejada por el sujeto pasivo en su autoliquidación, cuya deuda tributaria es firme por el instituto de la prescripción, ha sido mal o erróneamente calculada, ello no impide que el importe a compensar en la nueva deuda tributaria, objeto de comprobación y liquidación, pueda ajustarse a la realidad contable una vez subsanada, con la finalidad de que el importe de la deuda tributaria actual quede fijada conforme a los parámetros contables que muestren la realidad de la contabilidad de la sociedad, pues, como hemos declarado, lo que queda terminante vetado a la Inspección es el modificar o liquidar la deuda tributaria prescrita, pero no el ajustar la contabilidad del sujeto pasivo en la fijación de la nueva deuda tributaria».

Es decir, para la sentencia la comprobación que se puede efectuar es la que tiene por objeto la contabilidad del sujeto y los soportes documentales que sirvieron de base y justificaron las operaciones que han sido registradas en contabilidad, de manera que la finalidad es rectificar los posibles errores contables que pudieran haber cometido. Y, en esta línea, en la sentencia se remarca que: «... lo que se pretende evitar es que el error contable de una liquidación tributaria prescrita sea arrastrado a lo largo de los ejercicios contables y fiscales siguientes de forma que dicha anomalía les afecte, quedando consagrada e intacta y mediatice las liquidaciones fiscales posteriores manteniéndolas en el incorrecto cálculo contable de las bases prescritas».

La siguiente Sentencia destacable es la de 21 de julio de 2011 [recurso 289/2008 (NFJ043961)], en la que la AN se remite a la anterior que acabamos de comentar, que es transcrita en sus fundamentos principales, si bien curiosamente el fallo es exactamente el contrario al de aquella.

Se refiere a la aplicación de deducciones por inversiones e incentivos que provenían de ejercicios prescritos y no fueron aplicados en las liquidaciones de los ejercicios en los que se originaron ni en los siguientes por insuficiencia de cuota.

En el fundamento séptimo, tras reproducir la de 2 de febrero de 2011 (NFJ044051), ya citada a propósito del periodo a partir del cual se exige la acreditación, y la anteriormente comentada de 26 de mayo de 2011 (NFJ044945), concluye respecto a la aplicación de la doctrina al supuesto enjuiciado que: «... debe estimarse la demanda, por cuanto la Inspección carecía de atribuciones para modificar las bases imposables respecto de las cuantías de los proyectos de I+D acreditados por la actora en sus liquidaciones de los ejercicios prescritos, entrando a analizar y declarando que dichos proyectos no responden al concepto de investigación o desarrollo, lo que tiene vedado por haber adquirido firmeza en base al instituto de la prescripción, sin perjuicio de las facultades que pudiera tener para solventar errores de cálculo o contables...».

En conclusión, en esta sentencia el tribunal confirma la doctrina vertida en la anterior de 26 de mayo de 2011 (NFJ044945), esto es, admite la comprobación de la base imponible negativa de ejercicios prescritos en lo que se refiere a la detección de «errores de cálculo o contables», pero como

en el caso enjuiciado la regularización se basó en la aplicación de normas tributarias, no contables, las referidas a los requisitos que deben reunir los gastos o proyectos de I+D para que se puedan practicar las correspondientes deducciones, declaró que no es posible la regularización de la Inspección por haber adquirido firmeza las liquidaciones en virtud del instituto de la prescripción.

7. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES FINALES

Lo que se ha descrito en los apartados anteriores pone de relieve que la cuestión de la comprobación de las bases imponibles negativas de ejercicios prescritos plantea algunos interrogantes pendientes de resolver.

Sería importante y muy positivo que se despejase la incertidumbre porque cada vez con más frecuencia se producirá el supuesto de que al comprobar el impuesto nos encontremos con que en la autoliquidación presentada por la entidad se incluyen compensaciones de bases negativas de ejercicios ya prescritos, y si no está claro el límite de la facultad de comprobación por parte de la Administración, ello redundará en un aumento de la controversia y litigiosidad sobre esta cuestión.

En la resolución de las dudas e interrogantes que se plantean conviene tener presente que la cuestión surge de la confrontación entre dos principios básicos en derecho tributario: por un lado, el de seguridad jurídica, soporte de la institución de la prescripción, que demanda el establecimiento de una limitación al ejercicio de los derechos por parte de la Administración en la medida en que la relación jurídica que nace con la realización del hecho imponible permanece inactiva o en silencio durante un cierto periodo de tiempo; y, por otro lado, el de equidad o justicia tributaria, cuyo reconocimiento, según apunta FALCÓN Y TELLA «aconsejaría mantener indefinidamente abierta la posibilidad de exigir el tributo a quien ha incumplido sus obligaciones»³², y que quedaría postergado por el de seguridad jurídica en la medida en que prevalezca la prescripción.

Lo que se está planteando con esta cuestión de la comprobación de las bases imponibles negativas es si la preferencia de la seguridad jurídica en detrimento de la justicia tributaria debe alcanzar o no a los supuestos en que en la liquidación se compensan o deducen cuantías que proceden y fueron declaradas en otros ejercicios aunque no influyeron en el tributo exigible en ese periodo.

Con independencia del debate a nivel doctrinal, lo importante desde el punto de vista práctico es conocer cómo se está aplicando la norma de acreditación y el criterio que mantienen los tribunales al respecto, si bien con carácter previo conviene examinar, como se ha hecho en este trabajo, los criterios imperantes en la aplicación de la regulación anterior al establecimiento de la norma de acreditación.

Y, en este sentido, el repaso de los pronunciamientos de los tribunales desvela que aunque durante cierto tiempo hubo una corriente jurisdiccional, de la AN y el TEAC, que se alineó con la teoría de

³² FALCÓN Y TELLA, R.: «La modulación de los plazos de prescripción en función de la conducta del sujeto pasivo», *Quincena Fiscal*, núm. 14, pág. 7.

que la prescripción no afecta a la comprobación de la base imponible negativa en el periodo de su obtención porque en la liquidación de ese periodo no hay determinación de una obligación tributaria que es inexistente, esta doctrina fue abandonada como consecuencia de la jurisprudencia del TS [Sentencias de 13 de marzo de 1999 (NFJ008037), de 30 de enero de 2004 (NFJ016990), de 17 de marzo de 2008 (NFJ028630) y otras] que declaró que el transcurso del plazo de prescripción referido a la determinación de la base negativa convierte a esta en inatacable, pues incluso en el caso de que «se hubiera incurrido en *error iuris* y fuera errónea, adquirió firmeza y no podría ser modificada».

Después de la entrada en vigor de las normas que comentamos, en el momento actual, lo primero que hay que decir es que no existe todavía pronunciamiento del TS en el que se aplique la nueva normativa. El Alto Tribunal, en sentencias que forman parte de la jurisprudencia sobre la regulación anterior, ha señalado que lo que se afirma en esa jurisprudencia no obsta lo que se tendría que decidir si se aplicasen las nuevas normas, pero no anticipa cuál será esa decisión. Es probable que hasta que no se manifieste perdure la incógnita del sentido definitivo que cabe atribuir a las normas de acreditación.

Sin embargo, sí se han pronunciado otros tribunales, y lo han hecho con criterios dispares, que pueden agruparse de la siguiente manera:

1. Algunos tribunales contenciosos (País Vasco, Castilla y León y Madrid, por ejemplo) se han inclinado, en esencia, por seguir manteniendo la doctrina del TS de la inatacabilidad de las bases negativas de los ejercicios prescritos y no han reconocido a la norma de acreditación la virtualidad de la modificación de las bases negativas siempre que las mismas hubiesen sido declaradas.

Esta posición, sin embargo, no explica el contenido completo de la norma pues, junto a la exhibición de la liquidación o autoliquidación, se exigen la contabilidad y los soportes documentales, de lo que se deduce que no basta con demostrar que se declaró originalmente la base o cuantía a compensar o deducir, sino que lo que se declaró responde a la realidad económica o contable del obligado tributario.

2. En el otro extremo el TEAC defiende que tras la imposición de la obligación de acreditar las bases negativas del IS por el artículo 23.5 de la Ley del IS y extendido respecto a las deducciones o partidas pendientes de cualquier tributo por el artículo 106.4 de la LGT, se admite que la Administración dispone de una facultad de comprobación plena, sin límites de esas partidas aunque el ejercicio en que se originaron estuviese prescrito, por lo que se permite corregir las bases o partidas a compensar o deducir que no estén acreditadas por la contabilidad e incluso por aplicación de cualquier tipo de norma, incluidas las tributarias.
3. Por fin, la que mantiene la AN en las sentencias que se han comentado que dibujan una línea de interpretación que se sitúa a mitad de camino de las dos anteriores. Representa una superación de la doctrina del TS de inatacabilidad de las bases negativas de los ejercicios prescritos, pues admite que se pueda corregir no solo en el caso de ausencia de liquidación o autoliquidación o divergencias de estas con la compensación, sino también cuando no exista contabilidad o se incumplan de manera absoluta o grave las obligaciones de llevanza o

conservación de la documentación contable, e incluso si se detectan lo que el tribunal denomina «errores contables».

En consecuencia, la AN, al contrario que el TEAC, pone límites a la comprobación que puede desarrollar la Administración, pues vedaría cualquier modificación distinta de la que procede de la contabilidad y, singularmente, la que se apoye en la aplicación de las normas tributarias, como parece desprenderse de la Sentencia de 21 de julio de 2011 (NFJ043961), que no admite que se corrija la deducción por I+D en el caso de que a juicio de la Inspección no se cumpla el requisito de novedad que requiere la Ley del IS para practicar tal deducción.

A la luz de los criterios e interpretaciones doctrinales y jurisdiccionales que se han repasado en este trabajo se puede afirmar que ya de forma plena, como postula el TEAC, o de forma limitada, criterio que mantiene la AN, la Administración tiene la facultad de comprobar la «procedencia y la cuantía» de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, aunque estuvieran prescritos. Lo que subsiste es el debate de cómo debe desarrollarse esa comprobación. Los artículos 25.5 del TR de la Ley del IS y 106.4 de la LGT previenen tres medios de acreditación de las bases negativas: la liquidación o la autoliquidación, la contabilidad y los soportes documentales. Respecto a cada uno de ellos se han examinado en este trabajo los aspectos polémicos y dudosos que plantea su aplicación, y entre ellos destacamos:

- En relación con la liquidación o autoliquidación, aparte de la incongruencia que supone exigir la exhibición de la declaración cuando la LGT permite rehusar el requerimiento para aportar documentos ya presentados, lo relevante es aclarar qué se persigue con su exigencia y cuáles serían las consecuencias de la falta de la misma o de la existencia de divergencias entre lo liquidado y lo compensado.

Es incuestionable que no es posible compensar las bases negativas que no hayan sido previamente liquidadas o autoliquidadas, por lo que la confrontación con los datos que figuren en esa liquidación es la primera verificación que hay que realizar. En nuestra opinión, si la base negativa hubiese sido determinada mediante liquidación administrativa de carácter definitivo, consecuencia, por ejemplo, de un procedimiento de inspección, la compensación deberá respetar, ser coincidente con la base comprobada, mientras que si la liquidación fuese provisional, por ejemplo, porque hubiese sido practicada en el seno de un procedimiento de comprobación limitada efectuada por la Dependencia de Gestión, entendemos que la Administración no tiene por qué sujetarse a la base comprobada por la oficina gestora y podría recabar la exhibición o aportación del resto de medios de prueba (contabilidad y soportes documentales) y realizar, por consiguiente, la comprobación vinculada con la exigencia de tal acreditación.

- En cuanto al requisito de la aportación de la contabilidad, este se refiere no solo a la prueba de que existe y de que se cumplen los requerimientos formales dispuestos por la norma mercantil, sino también que se lleva correctamente, sin que concurran anomalías sustanciales. Cuando se trate de obligaciones tributarias para las que no es exigible la contabilidad mercantil, como en el caso de personas físicas que desarrollan actividades económicas, la aportación se refiere a los libros registro de carácter fiscal exigidos por el respectivo tributo.

- Respecto a los soportes documentales (facturas, justificantes, escrituras, contratos, ofertas, comunicaciones, escritos, etc.) hemos reiterado y los tribunales lo han destacado, que se trata de un concepto falto de concreción, y que es el que plantea las mayores dificultades.

Desde luego, dentro de los supuestos de soportes documentales se han de considerar incluidas las facturas o documentos equivalentes que sirven de justificantes de las operaciones, por lo que su ausencia, la no aportación de las mismas o su falta de correspondencia con lo que figura en contabilidad podrá motivar la modificación del saldo a compensar. Además, en nuestra opinión, también debería calificarse como soporte documental a estos efectos cualquier documento que se estime esencial para justificar la operación, como escrituras de compras de inmuebles, a efectos de justificar una reinversión, contratos entre entidades vinculadas a efectos de deducción de gastos de apoyo a la gestión, etc.

Delimitados los medios de prueba que se pueden utilizar en la revisión de las bases impositivas negativas o de las partidas compensadas o deducidas, la cuestión a dilucidar es en qué consiste la comprobación de la Administración, cuál es el alcance de la misma y con arreglo a qué normas se ha de desarrollar.

Teniendo en cuenta la finalidad de la norma, evitar que se compensen bases impositivas negativas que no respondan a la realidad, resulta evidente que la tarea de la Administración consistirá en determinar si son reales las bases negativas compensadas, si el resultado contable del que deriva la base negativa ha sido calculado aplicando las reglas y criterios de registro y valoración establecidos en la normativa contable, fundamentalmente el Plan General de Contabilidad vigente y normas de desarrollo o sectoriales (como las Circulares del Banco de España, resoluciones del ICAC y contestaciones a consultas emitidas por ese organismo).

Más dudas plantea si la Administración puede comprobar, y en su caso corregir, la base negativa compensada en función de la aplicación de normas tributarias. MONTESINOS cree que no hay razón que impida la alteración de la base negativa, deducción o cuantía por indebida aplicación de las normas contables o tributarias³³. Ese es el mismo criterio del TEAC, pero la AN no lo comparte.

En cualquier caso, lo que parece obvio es que si lo que se pretendió con la norma fue habilitar a la Administración para que pueda comprobar las bases negativas en el momento de su compensación, sea cual sea el ejercicio en el que se obtuvieron, lo más simple y claro, que hubiese evitado gran parte de los problemas que están generando las normas de acreditación, habría sido disponer que la prescripción no se aplica a la comprobación de las bases o cuotas negativas o cuantías que son objeto de compensación o deducción en ejercicios posteriores, a los efectos de determinar los importes compensables o deducibles como establece el artículo 24.1 de la Ley 20/1990, de régimen fiscal de

³³ MONTESINOS OLTRA, S.: «La comprobación de elementos del tributo...» *op. cit.*, pág. 1.339. Este autor opina que: «es evidente que la procedencia y la cuantía que, según el precepto, deben acreditarse dependen no solo de la documentación exigida, sino también de la correcta aplicación de las normas vigentes en el momento de su producción. Pues bien, no existe razón para entender que la Administración puede discutir la suficiencia de la acreditación de aquellos y no la incorrecta aplicación de estas si afecta, efectivamente, a su procedencia o cuantía».

las Cooperativas. Como pone de manifiesto MONTESINOS ³⁴ sorprende que no se estableciera lo mismo en el artículo 23.5 de la Ley del IS, cuando ambas disposiciones fueron modificadas al mismo tiempo por la Ley 24/2001. Esta solución de *lege ferenda* no supondría, a nuestro juicio, quiebra alguna del principio de seguridad jurídica pues, como una parte de la doctrina argumenta, el objeto de la prescripción está constituido por la obligación tributaria y en el caso de la declaración de bases imponibles negativas, deducciones no aplicadas por insuficiencia de cuota y el resto de conceptos que son objeto de compensación o deducción en ejercicios posteriores, la determinación de esas cuantías no afectó a la obligación tributaria del periodo en que se generaron.

³⁴ MONTESINOS OLTRA, S.: «La comprobación de elementos del tributo...» *op. cit.*, pág. 1.333.

POSIBILIDAD DE TUTELA POR PARTE DEL RÉGIMEN FISCAL DE LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL DE LOS AUMENTOS DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS. POSIBLE OPERATIVIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ MANZANO

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Granada

Abogado

Asesor Fiscal

Extracto:

EL artículo analiza la posibilidad de tutela por parte del régimen fiscal de la reestructuración empresarial de los aumentos de capital por capitalización de créditos, posibilidad generalmente negada por la doctrina administrativa y la jurisprudencia. En particular se aborda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 (NFJ044898).

Palabras clave: reestructuración, régimen fiscal, aumentos de capital, jurisprudencia y Tribunal Supremo.

THE POSSIBILITY OF CUSTODY OF THE CAPITAL INCREASES MADE BY CREDIT COMPENSATION BY THE TAX CORPORATE RESTRUCTURING REGIME. THE POSSIBLE OPERABILITY OF A THEOLOGICAL INTERPRETATION

JOSÉ DANIEL SÁNCHEZ MANZANO

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Granada

Abogado

Asesor Fiscal

Abstract:

THIS article analyzes the possibility of the tax regulation of the reorganization companies to protect the capital increases motivated by the compensation of credits. This possibility is often denied by the jurisprudence. This article specifically focuses on a recent judgement, dated October 6, 2011, stated by the Supreme Court of Spain (NFJ044898).

Keywords: reorganization, tax regulation, capital increases, jurisprudence and Supreme Court.

Sumario

1. Introducción. Línea expositiva. La proyección interpretativa del principio de neutralidad en el contexto del régimen fiscal de la reestructuración empresarial.
2. Encuadramiento del supuesto de aumento de capital por compensación de créditos a la luz del derecho sustantivo.
3. Conclusiones. Análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN. LÍNEA EXPOSITIVA. LA PROYECCIÓN INTERPRETATIVA DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN FISCAL DE LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

En el presente trabajo vamos a analizar si el aumento de capital por compensación de créditos puede ser subsumido en los perfiles del artículo 94 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS), en cuyo caso podría ser calificada la operación como una aportación no dineraria especial a efectos del régimen especial de la reestructuración empresarial, concreta cuestión que nos permitirá abordar la interesante y más genérica temática consistente en el freno que debe encontrar la interpretación teleológica o finalista en el ordenamiento tributario, y paralelamente tratar la armoniosa ligazón que debe imbricarse entre el Derecho mercantil y el Derecho tributario, teniendo en cuenta el carácter supletorio del primero, y la inseparable unidad del ordenamiento jurídico que debe trascender pretendidas interpretaciones autónomas de la norma fiscal, las cuales sin embargo se plantean frecuentemente en la práctica.

En primer lugar pues para enmarcar adecuadamente nuestras ulteriores conclusiones, debemos ubicar el contexto jurídico en que se inscribe la polémica, deteniéndonos brevemente en la posible proyección del principio de neutralidad, eminentemente como soporte de una interpretación teleológica.

En segundo lugar debemos analizar la imbricación entre el Derecho mercantil y el tributario. El legislador español, en el citado marco normativo, ejerce su libertad de calificación, recepcionando categorías disciplinadas por el Derecho mercantil pero adaptándolas para su inserción en el ámbi-

to tributario ¹. El ordenamiento mercantil debe alimentar la interpretación ², sin perjuicio de que resulte matizado, expresa o tácitamente, por la supremacía de la norma fiscal. Por ejemplo en la escisión parcial, aportación de rama y escisión total subjetiva, la norma tributaria (art. 83.2 del TRLIS) demanda, autónomamente, separándose del Derecho sustantivo, que la porción patrimonial transferida debe ser calificada como «rama de actividad» ³.

A su vez el TRLIS inserta una lista cerrada de operaciones que merecen la tutela fiscal, con lo que la consideración de una operación como de modificación estructural, conforme a la Ley sustantiva 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LMESM), no implica obviamente que sea amparada por el régimen, dado el planteamiento del legislador tributario, tendente a filtrar las operaciones mercantiles y establecer requisitos adicionales. Sin embargo debe hacerse hincapié en que si el legislador fiscal no exceptúa o matiza la definición de un negocio jurídico debe prosperar la definición armoniosamente ubicada en el Derecho mercantil, sin que una pretendida autonomía de la norma fiscal pueda hacer quebrar la anterior conclusión.

Concretamente el TRLIS (arts. 83 a 96) comprende el régimen fiscal de la reestructuración empresarial, tutelando los negocios jurídicos (fusión, escisión, aportación de rama de actividad, aportación no dineraria especial y canje de valores) previstos por la norma comunitaria (Directiva 90/434/CEE) para permitir la adecuada reestructuración de las empresas comunitarias sin trabas fiscales inmediatas. Nuestro ordenamiento delimita, para estas operaciones, una dualidad alternativa de regímenes de imposición. Las plusvalías que se manifiesten, en la esfera de la imposición sobre la renta, podrán ser objeto de diferimiento (régimen especial). Ahora bien, dicho régimen se configura como opcional, pudiendo renunciarse al mismo, total o parcialmente.

El legislador español ha extendido la inhibición de gravamen, para estas operaciones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITPAJD), Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) e Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU), en el marco de los dos primeros con sustento en Directivas diferentes de la 90/434.

Debe apuntarse que la metodología del régimen especial se sustenta en el eje cardinal de la neutralidad. En nuestro marco se detecta una cualificada dimensión de dicho principio. En síntesis, teóricamente, a estos efectos, una vertiente esencial de tal principio reside en que la variable tributaria no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización, cuando la causa que impulsa su realización se sustente en motivos

¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 45/1989 (NFJ000499), de 20 de febrero, resaltó que «la legislación tributaria, en atención a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil que, sin embargo, tampoco puede ignorar».

² La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 1997 (NFJ005748) concluyó que «si la Ley fiscal no altera la Ley sustantiva el régimen de tributación ha de partir ineludiblemente de los negocios jurídicos e instituciones propios del Derecho sustantivo, tal y como estén en él configurados».

³ Existe un mayoritario consenso, por parte de la doctrina administrativa y la jurisprudencia, acerca de la falta de equivalencia del concepto de rama de actividad con el mercantil de unidad económica, resultando más exigente el primero.

económicos válidos y se plasme una verdadera reestructuración empresarial ⁴, sin perjuicio de que esta aseveración precise matizaciones, que se escapan del ámbito del presente trabajo.

Ahora bien, es importante subrayar que el imperativo de neutralidad no se constituye únicamente en un principio teórico o ideal sino que representa un auténtico parámetro endógeno que contribuye a cincelar el modelo normativo. Podemos entrever que a menudo la interpretación deberá ser complementada a través del idóneo entendimiento del principio de neutralidad, que a modo de lente contribuirá a enfocarla, compeliendo a la aplicación del precepto de acuerdo con el fin que le es propio. Teóricamente puede cobrar relevancia pues el despliegue de una interpretación teleológica, si bien debe advertirse que la misma debe hallarse acotada y encontrar freno, en atención a una elemental seguridad jurídica.

En particular nos interesa resaltar que debe ser ponderada cuidadosamente en el marco de la cláusula antifraude que prevé el artículo 96.2 ⁵ del TRLIS ⁶. Entendemos que el principio de neutralidad (en lo que concierne a la presencia de un trasfondo de efectiva reestructuración empresarial) puede cobrar un papel nuclear (si bien asimismo acotado) en lo concerniente a la interpretación del artículo 96.2 del TRLIS pero su trascendencia debe ser notablemente inferior fuera de ese estrato, como acaece en lo relativo al análisis del cumplimiento de las definiciones fiscales de las operaciones de reestructuración susceptibles de tutela por parte del régimen fiscal especial.

En esta línea la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) de 17 de julio de 1997 (NFJ005725) (Leur-Bloem) explicitó que, en el encasillamiento conceptual de las operaciones, no cabe considerar implícita o explícitamente preciso ningún motivo determinante. La Sentencia del TJCE de 5 de julio de 2007 (NFJ026003) remachó que no cabe articular filtros previos en las definiciones de las operaciones, sin que en tal sede sistemática cobre relevancia inmediata un posible ánimo de fraude.

En síntesis la confluencia del carácter supletorio del Derecho mercantil con la cuidadosa proyección interpretativa del principio de neutralidad, que debe desplegarse acotadamente para salvaguardar los postulados inherentes al principio de seguridad jurídica, nos hacen concluir, según intentaremos argumentar, que existe un sostén jurídico para calificar los aumentos de capital por compensación de créditos como aportación no dineraria en este marco normativo (sin perjuicio de

⁴ Además, desde otra óptica, cabe concebirlo como la consecución armoniosa del desconocimiento de la manifestación de una cascada de índices de capacidad económica, susceptibles de gravamen, conectados con la ejecución de la operación, sin trastocar las expectativas futuras de tributación de las partícipes.

⁵ El referido artículo 96.2 prevé que «No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal».

⁶ Este precepto encuentra resguardo en el artículo 11.1 a) de la Directiva 90/434, a tenor del cual «un Estado podría negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones del régimen o retirar el beneficio cuando la operación tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o evasión fiscal; el hecho de que las operaciones no se efectúen por motivos económicos válidos, como la reestructuración o racionalización de las actividades de las sociedades partícipes, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal».

que en un estadio ulterior, en fase de comprobación administrativa, pudiera prosperar la privación el régimen con apoyo en el art. 96.2 del TRLIS, en su caso).

En cualquier caso debe advertirse que la opinión contraria al respecto de la jurisprudencia y la doctrina administrativa es prácticamente unánime. Ahora bien entendemos que tal óptica interpretativa trasciende un tanto los ropajes jurídicos y se sumerge en la singular circunstancia de que en definitiva el negocio jurídico en cuestión no cristaliza una auténtica reestructuración empresarial, en su trasfondo, dado que en definitiva el activo de la sociedad que amplía capital permanece inalterado, produciéndose únicamente la conversión del pasivo en fondos propios, sin que, desde tal óptica, exista transferencia alguna de bienes.

Por lo demás cabe subrayar que el debate se ha reavivado recientemente dado que, por una parte, se ha recurrido con mayor frecuencia a esta modalidad de aumento de capital en atención a la generalizada situación de falta de liquidez derivada de la grave crisis económica y, de otro lado, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) ha remachado recientemente de manera tajante que, desde la óptica jurídico sustantiva, tal modalidad de aumento de capital debe calificarse como una aportación no dineraria, decantándose pues por la enunciada solución, lo que en nuestra opinión pone en entredicho determinados pronunciamientos jurisprudenciales cuyo pilar formal reside en la calificación negocial conforme al Derecho sustantivo, pues además la calificación como aportación dineraria o no dineraria no es baladí ni meramente doctrinal sino que despliega consecuencias materiales en sede del Derecho mercantil.

2. ENCUADRAMIENTO DEL SUPUESTO DE AUMENTO DE CAPITAL POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS A LA LUZ DEL DERECHO SUSTANTIVO

Nos planteamos si el aumento de capital por compensación de créditos puede ser subsumido en los perfiles del artículo 94 del TRLIS, lo que se circunscribe básicamente a dilucidar si, fiscalmente, la operación puede ser calificada como una aportación no dineraria. A su vez ello compele a atender al Derecho sustantivo para solventar el anterior interrogante y, en un plano ulterior, a resolver si existe algún matiz interpretativo específico introducido por el legislador tributario a la hora de definir las operaciones susceptibles de tutela por el citado régimen fiscal.

La operación consiste desde el punto de vista de la beneficiaria en la capitalización de una deuda. El acreedor deja de ser titular de un derecho de crédito y en contrapartida recibe valores representativos del capital de la sociedad que era deudora. Debe anticiparse que el análisis reviste particular relevancia en interrelación con la no sujeción en el ITPAJD, prevista para las operaciones que cumplan los perfiles previstos por el citado artículo 94, siempre y cuando obviamente, tras el aumento de capital, los aportantes participen en más del 5 por 100 en el capital de la sociedad beneficiaria.

Nos encontramos con la dificultad suplementaria de que el concepto sustantivo de «aportación no dineraria» no se halla bien sedimentado. En síntesis, en coherencia con lo expuesto, estimamos

que los interrogantes básicos son, primero, resolver si se puede calificar el cauce, mercantilmente, como subespecie de aportación no dineraria y, en un segundo plano, si, aun admitiendo una respuesta afirmativa, sin embargo alguna directriz específica del régimen fiscal bloquea excepcionalmente su acogida, teniendo en cuenta que esta hipotética solución de bloqueo debiera estar sólidamente fundada conforme a Derecho.

En principio, como punto de partida, el rasgo de conversión de recursos ajenos en propios, dentro del pasivo, con la consiguiente extinción de la obligación, no puede erigirse necesariamente en una traba aun cuando no exista inyección externa de capital a estos efectos. Precisamente el informe del auditor ⁷ (previsto por el art. 301.3 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC) para las sociedades anónimas trata de garantizar una veraz aportación patrimonial para asegurar la integridad del capital.

La aportación es la prestación a que está obligada la persona que suscribe los títulos. La Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL) y el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM), distinguían sistemáticamente entre aumento de capital con aportaciones dinerarias, no dinerarias y mediante compensación de créditos, como vehículos para materializar la contraprestación del aumento del capital. La actual LSC diferencia entre aportaciones dinerarias (arts. 61 y 62) y no dinerarias (arts. 63 a 66). Según el artículo 295.2 el contravalor del aumento del capital podrá consistir tanto en nuevas aportaciones dinerarias como no dinerarias, incluida la aportación de créditos contra la sociedad.

Una cuestión crucial reside pues en determinar si, para el Derecho privado, nos encontramos ante una aportación no dineraria. El criterio administrativo ⁸ ha concluido, si bien de forma un tanto dubitativa, que una ampliación de capital por compensación de créditos no constituye una aportación no dineraria en sentido estricto, «aun cuando pueda guardar cierta similitud», teniendo en cuenta que no era admitida, en el campo tributario, la analogía conforme al artículo 14 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, en adelante LGT). La última aseveración solo resultaba coherente, en cuanto el análisis se ciñese a la exención en el ITPAJD, que debía calificarse como un beneficio fiscal, si bien el mecanismo ya ha mutado en una no sujeción y no resulta operativo. Por lo demás la invocación a la analogía requiere la carencia de una norma directamente aplicable y engarzaba con un argumento propio del régimen fiscal, a pesar de que aparentemente la subsunción de la operación como aportación no dineraria debiera depender simplemente de la calificación sustantiva.

Un fundamento repetido de la argumentación denegatoria residía en que la LSA independizaba el tratamiento dispensado, al regular en su artículo 155 las aportaciones no dinerarias (como contravalor del aumento de capital), en el artículo 154 las dinerarias y específicamente el artículo 156 contemplaba las ampliaciones de capital por compensación de créditos, las cuales incorporaban medidas que aseguran su veracidad y regularidad ⁹.

⁷ La Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 10 de abril de 1992 publicó la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre aumentos de capital por compensación de créditos.

⁸ Así se pronunció la contestación de la DGT de 22 de julio de 1999, V0057/1999 (NFC009784).

⁹ En concreto (según los arts. 156 y 39 de la LSA) al menos un 25 por 100 de los créditos a compensar habían de ser vencidos, líquidos y exigibles y el vencimiento de los restantes no había de ser superior a cinco años.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Murcia de 16 de marzo de 2007 (NFJ030352) concluyó que mercantilmente la operación no merece la calificación de aportación no dineraria, sin que fuese posible englobar bajo tal concepto a todas aquellas aportaciones no representadas estrictamente por efectivo ¹⁰. La misma solución exteriorizó la Sentencia del TSJ de Extremadura de 28 de abril de 2008 (NFJ030148) que asimismo se apoyó básicamente en el Derecho sustantivo ¹¹. Cabe aducir que las previsiones en torno a las aportaciones no dinerarias se centran en la descripción de datos registrales y valoración, circunstancias que obviamente no afectan a los créditos.

La Sentencia del TSJ de Baleares de 6 de noviembre de 2007 (NFJ028337) interpretó que la norma mercantil gravita, para encasillar las aportaciones no dinerarias, en torno al presupuesto de que precisan una tasación y valoración para determinar su traducción en dinero, lo que obviamente no acaece para esta modalidad de aumento de capital en la que el valor de lo aportado se corresponde con el importe nominal de lo compensado. Esta sentencia arguyó además que el artículo 1.196 del Código Civil advierte que para que proceda la compensación es preciso que «ambas deudas consistan en una cantidad de dinero», por lo que «si se admite que existe una operación sujeta al ITPAJD», esta aportación debe ser calificada de dineraria porque las deudas compensadas lo son «en una cantidad de dinero». Sin embargo, como apuntaremos, la práctica mercantil no efectúa tal inmersión en el origen último de los créditos.

A menudo la jurisprudencia para sostener su conclusión negativa, enraizada en el Derecho mercantil, parte de que el aumento de capital por compensación de créditos se inscribe en una tercera categoría de aportaciones, puesto que no admite su carácter no dinerario a pesar de que tampoco encaja en el molde de las dinerarias. Pueden mencionarse las Sentencias del TSJ de Murcia de 25 de marzo (NFJ044238) y 15 de julio de 2011 (NFJ044188). Sin embargo esta solución se opone a las tesis mayoritarias de la doctrina mercantilista.

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante TEAC) de 14 de noviembre de 2001 ¹² (NFJ012035) concluyó que no estamos ante «una aportación no dineraria en sentido estricto», por motivos sistemáticos ¹³. Ahora bien el TEAC invocó otro argumento, anudado, en esta ocasión, a la naturaleza del régimen fiscal. En concreto objetó que «los créditos a compensar son frente a la sociedad que recibe la aportación, que entrega las acciones para saldar su deuda con la entidad acreedora-aportante [siendo la deudora la que realiza el esfuerzo económico] por lo que no puede entenderse que haya una corriente de bienes desde la aportante a la aportada, circunstancia que justifica el beneficio fiscal», argumento que indirectamente conecta con la vertiente que hemos

¹⁰ La Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2008 concluyó que «no toda aportación que no sea una aportación dineraria, a los efectos que nos ocupan, ha de considerarse una aportación no dineraria».

¹¹ La Sentencia del TSJ de la Comunidad de Madrid de 14 de julio de 2009 (NFJ035894) concibió que la cesión crediticia no equivale a una aportación no dineraria puesto que no está sometida al régimen que la LSA establecía para las mismas.

¹² En el mismo sentido negativo se pronunciaron la de 10 de marzo de 2004 (NFJ017004), 13 de julio de 2005 (NFJ021605) o de 28 de septiembre de 2005 (NFJ022144).

¹³ La Resolución del TEAC de 13 de julio de 2005 (NFJ021605) sostuvo que «la Ley... distingue entre aportaciones dinerarias y no dinerarias y respecto de las segundas exige un informe por expertos que contengan la descripción de las aportaciones, sus datos registrales y los criterios de valoración, circunstancias que como es evidente no afectan a los créditos». Sin embargo el TEAC es consciente de la falta de solidez de la afirmación ya que juzga necesario introducir una referencia a la cláusula antifraude.

explicado del principio de neutralidad. Tampoco el problema estriba necesariamente en tal circunstancia, pues, en última instancia, disminuye el pasivo exigible y aumenta el neto patrimonial. Además una interpretación flexible sintonizaría con el espíritu de la Directiva, la cual, con mayor énfasis que el Derecho interno, acepta la aportación tanto de activos como de pasivos. Cabe entender tanto *envueltos* en una rama como, en su caso, cancelándose pasivos, de acuerdo con su esencia de índice negativo del neto patrimonial.

La Resolución del TEAC de 28 de septiembre de 2005 (NFJ022144) [así como la de 10 de marzo de 2004 (NFJ017004)] adujo que, en realidad, nos hallaríamos ante «una adjudicación en pago de deudas en la que aquellas se eliminan a cambio de una participación en el capital de la entidad deudora». Debemos apuntar que, desde una óptica jurídica, única que puede imperar, nos encontramos ante un negocio de aportación como reverso de un aumento de capital, con mayor motivo en el marco del ITPAJD, pues el artículo 2 del Texto Refundido del ITPAJD invoca un principio de calificación jurídica.

La doctrina mercantilista se halla dividida en torno a si es factible la calificación como «no dineraria», estimando parte de ella que el artículo 156 de la LSA creaba un supuesto añadido a las aportaciones dinerarias y no dinerarias, si bien la corriente predominante subsume la compensación de créditos dentro del encaje de la no dineraria. VICENT CHULIÁ ¹⁴ concluye que (conforme a los arts. 9 y 10 de la 2.ª Directiva) no existen tres sino dos clases de aportaciones (dinerarias y no dinerarias, englobando en este segundo molde la compensación de créditos) ¹⁵. De hecho en la práctica societaria, previa a la reforma de nuestro Derecho de Sociedades, a pesar del silencio legal, se admitía la figura como modalidad de aportación no dineraria y se la sometía a sus requisitos. Además, desde la óptica sustantiva, la aportación no dineraria, a efectos sistemáticos, debe ubicarse residualmente, por exclusión, respecto de la dineraria.

Puede pues defenderse que el legislador mercantil configura esta modalidad como aportación no dineraria, como expresamente la ha calificado la DGRN ¹⁶. Resulta suficientemente nítida y significativa la redacción de la Resolución de la DGRN de 20 de abril de 2012 cuando enunció que «Esta cuestión ya fue decidida por este Centro Directivo en Resolución de 15 de febrero de 2012, al señalar que la diversidad de objetos que pueden ser aportados a una sociedad se subsumen en dos grandes categorías: aportaciones de dinero y aportaciones en especie (es decir que no sean en metálico) llamadas por la generalidad de la doctrina aportaciones "in natura" o no dinerarias, y dentro de esta última categoría está la aportación de derechos de crédito (cfr. artículo 65 de la ley de sociedades de capital) y la llamada compensación de créditos como especial modalidad de aumento de capital (cfr. artículo 301 de la ley de sociedades de capital), figura que, como resulta de la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 15 de julio de 1992), sin perjuicio de su peculiar natu-

¹⁴ Las operaciones..., *op. cit.*, págs. 62 a 67.

¹⁵ Asimismo los artículos 7 y 9 de la segunda Directiva de sociedades, de 13 de diciembre de 1976, solo distinguen entre aportaciones en metálico y que no sean en metálico, sin crear una tercera categoría.

¹⁶ La Resolución de la DGRN de 22 de mayo de 1997 calificó implícitamente a la figura como aportación no dineraria. La Resolución de la DGRN de 18 de junio de 1998 consideró como aportaciones no dinerarias todos los objetos de aportación distintos del dinero. La Resolución de 15 de julio de 1992 calificó al aumento de capital por compensación de créditos como aportación no dineraria.

raleza como vía de conversión de deuda social en capital, participa de la naturaleza de las aportaciones no dinerarias».

Por su parte la Sentencia del TSJ de Extremadura de 28 de abril de 2008 (NFJ030148) argumentó que las resoluciones de la DGRN no vinculan a la jurisprudencia ¹⁷, con lo que carece de relevancia inmediata la interpretación que prospere desde el punto de vista registral, la cual responde a una funcionalidad distinta. El anterior razonamiento es técnicamente correcto. Sin embargo en nuestra opinión, en este contexto, se halla viciado en su raíz pues la propia jurisprudencia reconoce que debe atenderse primordialmente a la calificación mercantil, por lo que no se entiende qué pretendida divergencia puede existir entre la calificación registral y la tributaria, una vez que es reconocido que la norma fiscal no inyecta matices interpretativos inmediatos en la definición de la aportación no dineraria.

Además el artículo 65 de la LSC contempla la aportación de derechos de crédito, ubicándola dentro de la categoría de las aportaciones no dinerarias, con lo que la diferencia en este caso, como posible escollo, estriba en que el derecho de crédito no es frente a terceros y cristaliza mediante la técnica de la compensación, lo que parece un criterio imbricado específicamente con la sistemática fiscal y no enraizado en el Derecho sustantivo. La Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de julio de 2011 corrobora este planteamiento admitiendo que una aportación de derechos de crédito que un socio ostentaba frente a un tercero, distinto de la entidad que ampliaba su capital, tenía perfecta cabida en el concepto de aportación no dineraria ciselado por el artículo 94 del TRLIS. La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 23 de abril de 2012 (NFJ047018) refrendó tal criterio, estimando que a tal efecto «no es lo mismo una ampliación de capital realizada mediante compensación de créditos con la efectuada por la aportación de créditos contra otra sociedad. En el primer caso se produce únicamente la conversión del pasivo en fondos propios, mientras que en el segundo los créditos aportados pasan a formar parte del activo de la sociedad que amplía su capital». Por consiguiente estimó que el segundo supuesto debe calificarse como una ampliación de capital con aportación no dineraria. Es importante detenernos en este punto pues obviamente se difumina la atención al origen líquido de los créditos y se concluye que el único aparente reparo reside en el hecho de que los créditos que se convierten en fondos propios sea de la propia sociedad aportante, lo que circunscribe el debate a dilucidar si dicha circunstancia puede realmente bloquear, en el marco tributario, la calificación como aportación no dineraria.

Por lo demás en la práctica notarial ¹⁸ se han considerado íntegramente desembolsadas las acciones suscritas en los aumentos de capital, incluso en la parte derivada de la porción de créditos

¹⁷ La Sentencia del TSJ de Baleares de 6 de noviembre de 2007 (NFJ028337) resaltó que no eran vinculantes las soluciones de la DGRN, pues obedecen a finalidades interpretativas diferentes. Concretamente apuntó que el remedio de acudir a la analogía es posible a efectos registrales pero no en el ámbito fiscal en lo que se refiere a exenciones y bonificaciones. En todo caso este argumento ha quedado desarticulado por la conversión del mecanismo de inhibición de la carga tributaria en una no sujeción.

¹⁸ VICENT CHULIÀ (VICENT CHULIÀ, F.: «Introducción» en la obra colectiva *Las operaciones societarias de modificación estructural*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 63 y ss.) resalta que la cuestión básica que se plantea a la hora de interpretar el artículo 156 de la LSA es la de si «en el momento de la suscripción se produce el íntegro desembolso de las acciones, con cargo a la extinción de los créditos, incluso en la parte todavía no vencida o exigible; o si, por el contrario, solo se produce el desembolso en la parte en que es posible la compensación legal, cumpliendo los requisitos de los artículos 1.195 y 1.196 del Código Civil». Este autor resume que, frente a la interpretación predominante,

todavía no vencidos o exigibles, con lo que se correlaciona, en un plano de inmediatez, la supresión de pasivos con el aumento de capital, difuminándose pues en definitiva el origen último de los créditos. Por consiguiente no se nos antoja coherente que el criterio denegatorio repetido se adentre en el Derecho sustantivo para levantar la barrera, contradiciendo las directrices sedimentadas, pues en realidad, en última instancia, no descansa en semejante presupuesto sino en la noción subyacente de que en definitiva la operación no materializa una auténtica reestructuración de empresas, según la acepción predominante.

3. CONCLUSIONES. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Debe partirse de que la calificación como aportación no dineraria queda reservada al Derecho mercantil, ya que la norma fiscal no introduce ningún matiz interpretativo en torno al título traslativo en este punto. De hecho el criterio denegatorio exteriorizado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia, por demás prácticamente unánime, coloca solapadamente la barrera en la calificación sustantiva, sin invocar sólidos reparos técnicos inherentes al régimen fiscal. Sin embargo en la práctica se produce una verdadera recalificación fiscal de una figura mercantil, sin que queden claros los soportes jurídicos que sustentan tal posibilidad.

En esta línea la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011 (NFJ044898) sintetizó que «ante el silencio de la normativa fiscal para definir qué ha de entenderse por aportación no dineraria, lo propio es acudir a la rama del ordenamiento jurídico del que procede el término, esto es la legislación mercantil». Debe destacarse que el planteamiento del TS se remite pacíficamente a la rama del ordenamiento en que se acuña armoniosamente la operación a efectos de dilucidar la calificación negocial respectiva, sin invocar en absoluto de manera inmediata pretendidas especialidades interpretativas en el ámbito tributario. Ahora bien, una vez ubicado el problema, el TS concluyó que cuando la norma mercantil regula el aumento de capital distingue varias categorías, y «entre ellas cabe diferenciar las aportaciones no dinerarias de la compensación de créditos». Por su parte las Sentencias del TS de 12 de enero, 6 de marzo y 23 de abril de 2012 reiteraron la antedicha doctrina, subrayando que «cuando la norma mercantil regula el aumento de capital, distingue claramente entre aportaciones dinerarias, no dinerarias, y de forma individual la compensación de créditos». En definitiva el TS posiciona nítidamente la potencial traba, para admitir la calificación como aportación no dineraria, en sede del Derecho sustantivo. Sin embargo la norma mercantil aparentemente no articula dicha tercera categoría, diferente de la aportación estrictamente dineraria o no dineraria, sin que quepa distinguir donde la norma no distingue, máxime teniendo en cuenta el nítido criterio al respecto de la DGRN.

Estimamos que la posible barrera ¹⁹ no debiera estribar en la imposibilidad de calificación como aportación no dineraria mercantil, pues la misma no cuenta con un basamento firme, sino que debemos

IGLESIAS PRADA expuso la tesis de que el artículo 156 se refiere a compensación propia, se trataría de «un aumento efectivo que se financia con cargo a aportaciones dinerarias y se paga mediante la técnica de la compensación».

¹⁹ GÓMEZ TABOADA, J. («La fiscalidad del capital social», *El notario del siglo XXI, Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid*, septiembre-octubre 2010, n.º 33), resume que «hay voces autorizadas que apuntan que la defensa de la eventual

centramos en la segunda cuestión, concerniente a si la naturaleza del régimen fiscal bloquea la acogida, puesto que en dicho ámbito teóricamente podemos encontrar un escollo. En efecto, el contravalor inmediato del aumento de capital es la compensación de créditos, pero sería defendible mantener que no podemos obviar el origen en última instancia de esos créditos. La beneficiaria ha recibido anticipadamente el contravalor de las acciones que emite, normalmente mediante inyecciones en metálico, que engendraron el crédito a favor del luego aportante. La financiación se materializó en metálico, si bien el aumento de capital cristaliza ulteriormente mediante la técnica de la compensación.

No puede obviarse que la esencia del régimen descansa en tutelar la reestructuración efectiva, sin que medie metálico, como directriz, sino en los términos excepcionales tasados por las definiciones tributarias de las operaciones y sin que resulte argumento suficiente en contrario el hecho de que esta operación facilite el saneamiento financiero de las sociedades. Por tanto podría sostenerse que la calificación negocial, al menos desde el punto de vista fiscal, no debe ser la de aportación no dineraria ²⁰.

No obstante, en nuestra opinión, culminar semejante conclusión supondría conceder al despliegue de una interpretación teleológica (ligada a la neutralidad) una excesiva virtualidad expansiva, la cual bloquearía la posibilidad de tutela aun cuando las definiciones fiscales (y por ende las mercantiles que empapan los conceptos tributarios si no son excepcionadas) no presenten una traba inmediata. Creemos que no es aceptable dispensar tanta operatividad al principio de neutralidad y que no se encuentran justificadas las objeciones invocadas ²¹, a la luz del Derecho positivo. Debe atenderse a la superficie contractual sin indagar en el trasfondo en el sentido que hemos propugnado, pues ello supondría una interpretación restrictiva que no se nos antoja apropiada, y concedería a tal principio de neutralidad una desmesurada importancia.

El juego de tal principio no puede excepcionar la ordinaria y pacífica imbricación entre el Derecho mercantil y el tributario, una vez que el legislador fiscal no inyecta ningún matiz propio a la hora de definir la aportación no dineraria. En todo caso si se considera que tal operación no hilvana una efectiva reestructuración susceptible de tutela fiscal, debiera modificarse la definición tipificada de aportación no dineraria especial para excluir el supuesto de sus contornos.

Por su parte el magistrado del TS Sr. Montero Fernández, en su voto particular en discrepancia de la citada Sentencia de 6 de octubre de 2011, edificó un interesante planteamiento, concluyendo,

exención de OS no se desprendería tanto del carácter de lo aportado (derechos de crédito) sino de la adquisición por el aportante –que, cabe recordar, no ve minorada su tesorería sino un activo distinto, como es un crédito– de una participación de al menos un 5 por 100 de la sociedad».

²⁰ Las mismas reflexiones pueden resultar trasladables a la figura del aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones, en cuyo caso los obligacionistas tienen derecho a adquirir la cualidad de socio, a través del ejercicio de un derecho que nace en el mismo momento de la suscripción de las obligaciones convertibles.

²¹ La Asociación española de asesores fiscales (en adelante AEDAF) («Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial y propuestas de la AEDAF. Análisis crítico de la actual normativa con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica») concluyó que «debe entenderse que las aportaciones de créditos contra la sociedad son aportaciones no dinerarias y que, por lo tanto, son subsumibles en la deficiencia del artículo 94.1». Asimismo mantiene que se debe aceptar la subsumición en tal precepto de los aumentos de capital por compensación de créditos, «toda vez que el carácter reestructurador de las aportaciones no radica tanto en el objeto aportado, cuanto en la adquisición por el aportante de una participación sustancial (de al menos el 5%) en el capital de la sociedad que recibe la aportación».

como corolario, la procedencia de la aplicación del régimen. Ahora bien culminó tal conclusión con apoyo eminentemente en el contexto normativo inherente al régimen tributario, el cual habilita en cierta medida el despliegue de una interpretación teleológica, conectando con la funcionalidad última de reestructuración empresarial que debe latir tras la operación ²². Es importante hacer hincapié en la apostilla final que incorporó dicho voto, a tenor de la cual «a mi entender la cautela se traslada al plano de la fiscalidad y no al mercantil, extendiendo el control de la Administración al cumplimiento de los requisitos formales y a la exclusión de operaciones fraudulentas o elusivas, mediante el control de la realidad de un motivo económico válido».

Compartimos la conclusión final exteriorizada. Ahora bien consideramos que resulta delicado conceder tal entidad al requisito de los motivos económicos válidos, conforme al artículo 96.2 del TRLIS ²³, pues ello supone entremezclar indebidamente el estrato de las definiciones fiscales de los negocios jurídicos con el de la cláusula antifraude, la cual, en su caso, debiera operar en un estadio ulterior, como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria [puede citarse la Sentencia del TJCE de 17 de julio de 1997 (NFJ005725), *Leur Bloem* entre otras], máxime teniendo en cuenta la inseguridad jurídica que podría suscitar el que las nociones de reestructuración o racionalización de las actividades de las entidades partícipes alimentasen inmediatamente la intelección del artículo 96.2. De hecho la doctrina científica ha debatido, con notable intensidad, acerca de la trascendencia inmediata del presupuesto de los motivos económicos válidos en sede del referido precepto, sin que haya consenso al respecto.

Entendemos que en el marco del artículo 96.2 del TRLIS efectivamente puede cobrar un papel relativamente relevante el despliegue de una interpretación teleológica o finalista ligada al principio de neutralidad ²⁴. En cualquier caso cabe partir de que estas consideraciones debieran dilucidarse a la luz del artículo 96.2, en fase de comprobación administrativa, sin interferir en ningún caso con el análisis del cumplimiento de las definiciones fiscales de las operaciones de reestructuración.

²² Estimó, en otro plano, que a tal conclusión no se opone la individualización relativa que la norma sustantiva habilita para el supuesto, estimando que «no parece que pueda haber más distinción dentro del género que se especifica sino el de aportaciones dinerarias y no dinerarias, otra distinción o categoría sobre el texto mercantil, a mi parecer, es puro ejercicio de voluntarismo».

²³ Debe hacerse hincapié en que las resoluciones del TEAC y la jurisprudencia se han escudado generalmente, para concluir acerca de la improcedencia del régimen especial, en: A) El quebrantamiento de las definiciones de las operaciones; B) o bien en la directa contravención de la cláusula antifraude. En síntesis la cláusula se ha convertido en un semillero de problemas interpretativos, dado que el uso, en ocasiones desmesurado, que ha hecho la Administración, refugiándose en el precepto para desembocar de manera rectilínea en la privación del régimen obviando, con excesivo automatismo, los ordinarios mecanismos antielusivos acuñados en nuestro Derecho tributario. La cláusula ha perdido la nota de excepcionalidad, que representa su fundamento.

²⁴ Ahora bien tal interpretación no puede brindar un sostén inmediato, como implícitamente han estimado frecuentes pronunciamientos administrativos, en aras de desembocar en la conclusión directa de privación del régimen, sino que su importancia debe verse relegada y desempeñar una funcionalidad más auxiliar. En concreto debe iluminar acerca del efectivo cumplimiento de los presupuestos que constituyen piezas del circuito lógico que edifica el segundo inciso del artículo 96.2 del TRLIS.

En ocasiones la jurisprudencia del TS [pueden citarse las Sentencias de 13 de enero de 2011 (NFJ041942) o de 7 de abril de 2011 (NFJ042890)] ha concluido básicamente que no existe motivación económica válida, al no tener las operaciones por finalidad la reestructuración de las actividades, sino una funcionalidad fiscal. Aparentemente el TS ubica las nociones de reestructuración y racionalización, como si debieran alimentar, en un plano inmediato, la intelección de los motivos válidos. Estimamos que, para rechazar determinados motivos económicos, deben confluir circunstancias como una frontal colisión con la noción generalmente aceptada de reestructuración, junto con una motivación fiscal entrelazada. Por ejemplo la finalidad debe consistir en proteger la continuidad de la actividad y no en facilitar su transmisión.

En esta línea resulta interesante traer a colación la citada Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de julio de 2011, la cual, con precisión técnica, considera como aportación no dineraria la aportación de créditos contra terceros (si bien no la figura que analizamos), sin que, en el análisis de las operaciones, tenga relevancia inmediata el hecho de que dos meses después de la operación societaria se produjese una absorción de la sociedad deudora por la acreedora, atendiendo a parámetros puramente jurídicos, pues en todo caso «esta segunda actuación de las empresas... puede dar lugar en su caso a que la inspección inicie los trámites oportunos de investigación, tras lo cual, quizás se pueda concluir en la existencia de fraude de ley».

Por lo demás el debate cobra sentido en torno a la aplicación de la no sujeción en el ITPAJD ²⁵, en cuya esfera no debiera cobrar operatividad inmediata el artículo 96.2 del TRLIS. Debe recordarse que la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2010 (Modehuis) (NFJ038357) explicitó que la cláusula antifraude no puede volcarse sobre impuestos no contemplados por la Directiva 90/434, remarcando el carácter de excepción que debe presidir dicha cláusula, la cual no debe ser operativa cuando no exista norma que lo prevea ²⁶.

En síntesis consideramos que el planteamiento idóneo reside en aceptar que el filtro de la calificación mercantil no taponen la posibilidad de acogida al régimen, teniendo en cuenta que debe prevalecer una relativa flexibilidad en el trenzado de las definiciones fiscales, siempre que no exista una barrera dimanante del Derecho sustantivo o de los requisitos objetivos añadidos por las definiciones tributarias. A su vez ninguna directriz inherente al régimen fiscal bloquea nítidamente la antedicha viabilidad, pues la virtualidad expansiva del principio de neutralidad debe desplegarse cuidadosamente sin que deba interferir inmediatamente en el análisis del cumplimiento de las definiciones tributarias de los negocios jurídicos susceptibles de tutela.

Bibliografía

Asociación Española de Asesores Fiscales: «Régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial y propuestas de la AEDAF. Análisis crítico de la actual normativa con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica».

²⁵ La Directiva 2008/7 contempla unas definiciones de operaciones de reestructuración (las cuales deben permanecer no sujetas) considerablemente más amplias y laxas que las que manejan los artículos 83 y 94 del TRLIS. En cualquier caso el legislador español condiciona (sin perjuicio de que ello no suponga una transposición fiel de la Directiva) la proyección de la no sujeción a que se cumplan las definiciones vertidas en los artículos 83 o 94 del TRLIS. Ahora bien la singularidad de la hipótesis no permite en principio acogerse a tal criterio interpretativo, es decir, a la mayor amplitud del perímetro que esboza la Directiva, que en todo caso no podría jugar inmediatamente en atención a la solución suministrada por nuestro legislador.

²⁶ Así lo resume FALCÓN Y TELLÁ [«El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones "híbridas" en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)», *Quincena fiscal*, marzo 2011, número 6, editorial].

- FALCÓN Y TELLA, R. [2011]: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones "híbridas" en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)», *Quincena fiscal*, marzo, número 6, editorial.
- GARCÍA ROZADO GONZÁLEZ, B. [2008]: «Régimen especial de las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores, y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», capítulo XLII de la obra colectiva *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, 2.ª edición, editorial CISS, Valencia, págs. 965 a 1.064.
- GÓMEZ TABOADA, J. [2010]: «La fiscalidad del capital social» en *El notario del siglo XXI, Revista On line del Colegio Notarial de Madrid*, septiembre-octubre, n.º 33.
- VICENT CHULIÁ, F. [2001]: «Introducción» en la obra colectiva *Las operaciones societarias de modificación estructural*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 17 a 67.

AYUDAS PÚBLICAS A LA I+D EMPRESARIAL EN ESPAÑA: UN PANORAMA Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL DEBATE

JOSÉ ÁNGEL ZÚÑIGA-VICENTE

FRANCISCO JAVIER FORCADELL MARTÍNEZ

*Profesores Titulares del Departamento
de Economía de la Empresa.
Universidad Rey Juan Carlos*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Ana María MARTÍNEZ PINA, don Vicente CON-DOR LÓPEZ, doña María Antonia GARCÍA BENAÚ, don Carlos PUIG DE TRAVY y don Rafael CÁMARA RODRÍGUEZ-VALENZUELA.

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

Extracto:

EL objetivo de este trabajo es mostrar un panorama general sobre la situación de la I+D en España en relación con otros países y, a partir de la literatura empírica existente, realizar varias propuestas que pueden resultar útiles a la hora de promover un debate constructivo respecto a la utilización efectiva y eficiente, por parte de los poderes públicos, de los recursos financieros (vía subsidios) destinados a estimular la I+D empresarial. Tales propuestas versan sobre las siguientes cuestiones: 1) el tipo concreto de empresas a las que se le deberían conceder las ayudas o subsidios; 2) la cuantía óptima de la ayuda o subsidio; y 3) el patrón que debería seguirse a la hora de dar subsidios a las actividades de I+D. La formulación de las distintas propuestas puede ser pertinente en un momento como el actual, en el que los gobiernos de muchos países están llevando a cabo severos ajustes presupuestarios que, en algunos casos (como en el caso de España), están afectando de manera especialmente negativa a los recursos destinados a la I+D. Además, esto puede ser vital dado el atraso en I+D que sigue exhibiendo la economía española respecto a las economías más competitivas y avanzadas del mundo.

Palabras clave: I+D, ayudas públicas, innovación y competitividad.

PUBLIC SUBSIDIES ON FIRM R&D IN SPAIN: AN OVERVIEW AND SOME PROPOSALS FOR DISCUSSION

JOSÉ ÁNGEL ZÚÑIGA-VICENTE

FRANCISCO JAVIER FORCADELL MARTÍNEZ

*Profesores titulares del Departamento
de Economía de la Empresa.
Universidad Rey Juan Carlos*



Este trabajo ha obtenido el 1.^{er} **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Ana María MARTÍNEZ PINA, don Vicente CON-DOR LÓPEZ, doña María Antonia GARCÍA BENAÚ, don Carlos PUIG DE TRAVY y don Rafael CÁMARA RODRÍGUEZ-VALENZUELA.

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

Abstract:

THE aim of this paper is to show an overview of the situation of R&D in Spain compared to other countries and, based on the empirical existing literature, make several proposals to promote a constructive debate regarding the effective and efficient use by the government of financial resources (via public subsidies) devoted to foster private R&D activities. These proposals deal with the following issues: 1) the specific type of firms to which it may be more necessary to provide public funding; 2) the optimum amount of public subsidies; and 3) the pattern to follow when providing public subsidies to private R&D activities. The formulation of these proposals may be especially relevant at a time in which the governments of many countries are carrying out severe budget cuts that, in some cases (such as Spain), are having a really negative effect on the resources devoted to private R&D activities. Furthermore, this may be extremely important given the backwardness in R&D that continues exhibiting the Spanish economy compared to the most competitive and advanced economies in the world.

Keywords: R&D, public subsidies, innovation and competitiveness.

Sumario

1. Introducción.
2. La inversión en I+D en España dentro del contexto internacional.
3. El efecto de las ayudas públicas sobre la I+D empresarial: evidencia empírica.
4. Algunas cuestiones clave a considerar en la concesión de subsidios públicos a la I+D empresarial.
 - 4.1. Historial de ayudas de la empresa.
 - 4.2. Efecto de los subsidios a lo largo del tiempo.
 - 4.3. Restricciones financieras de la empresa.
 - 4.4. Diversidad de las fuentes de la ayuda pública.
 - 4.5. Cuantía de la ayuda pública.
 - 4.6. Componentes de la I+D.
5. Conclusiones: algunas propuestas para el debate.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica global, que ha sacudido España desde 2008, ha provocado un debate prácticamente generalizado sobre la conveniencia de cambiar el actual modelo productivo. Se trataría de conseguir pasar de un modelo altamente intensivo en mano de obra (con un peso muy elevado del sector de la construcción en el PIB) a un modelo productivo mucho más intensivo en innovación. De hecho, las altas tasas de paro actuales de la economía española en comparación a la de la mayoría de los países avanzados encuentran su justificación, en buena medida, en la primacía de dicho modelo productivo, intensivo en mano de obra. En este sentido, tiende a reconocerse que una de las principales debilidades de la economía española y, por tanto, de una parte muy significativa de su tejido empresarial se encuentra en una insuficiente inversión en Investigación y Desarrollo (I+D, de aquí en adelante) ¹. Algunos datos, tal y como se mostrará más adelante, son bastante reveladores a la hora de explicar la situación de desventaja en la que se encuentran actualmente las empresas españolas en relación con las empresas de economías más avanzadas del mundo en materia de I+D. Por tanto, parece cada vez más evidente que si las empresas españolas desean seguir mejorando su competitividad y sobrevivir en un mercado cada vez más global, se convierte en una exigencia apremiante que aumenten sus niveles de inversión en I+D.

A partir de lo anterior parece oportuno intentar responder a la siguiente cuestión: ¿Puede hacerse algo desde el sector público de un país (en este caso, España) para intentar conseguir una mayor tasa de inversión empresarial en I+D? La respuesta es afirmativa aunque con importantes matices. En cualquier caso, debe señalarse que el uso de fondos públicos para promover la I+D empresarial se ha convertido desde hace tiempo en una práctica habitual en numerosos países del mundo. Según datos de EUROSTAT (2012), entre 2000 y 2009, la participación del sector público en actividades de I+D ha sido de en torno a un 35 por 100 en los países de la Unión Europea (UE-27), alrededor de un 25 por 100 en Estados Unidos, en torno a un 20 por 100 en Japón y sobre un 28 por 100 en los países de la OCDE. En España, la participación ha sido algo superior al 45 por 100 en casi todos los años del periodo. Por otra parte, conviene precisar que en la mayoría de estos países, una cantidad considerable de estos fondos públicos ha tenido, precisamente, como objetivo fundamental la financiación de los proyectos de inversión empresarial en I+D.

El principal argumento esgrimido para justificar el uso de los distintos instrumentos o políticas públicas de apoyo a la I+D privada se encuentra en la existencia de «fallos en el mercado», de tal modo que suele sugerirse que sin tales políticas los niveles de inversión privada en I+D se situarían muy por debajo de lo que sería el óptimo deseable desde un punto de vista social. Estos «fallos en el mercado» tienen que ver con problemas de apropiabilidad de los resultados de la I+D, así como con la existencia de imperfecciones en los mercados de capitales. El carácter de bien público que normalmente se atribuye a las actividades de I+D dificulta que las empresas que las realizan puedan apropiarse completamente de los posibles beneficios vinculados a las innovaciones generadas a partir de dichas actividades ya

¹ No obstante, es conveniente subrayar que, a pesar de una posición general todavía deficiente en materia de I+D, las empresas españolas cuentan con una posición internacional reconocida en algunos campos de la innovación como es el caso, entre otros, del sector de las energías renovables, el sector de la biotecnología, o el sector de transportes (principalmente, dentro del sector ferroviario) o algunas pequeñas y medianas empresas tecnológicas de otros sectores.

que, en muchas ocasiones, otras empresas pueden acceder a esas innovaciones sin tener que soportar coste alguno. Incluso en el supuesto de que las empresas pudieran apropiarse de tales innovaciones (por ejemplo, recurriendo al empleo de patentes), la existencia de imperfecciones en los mercados de capitales pueden llevar también a dichas empresas a descartar proyectos de inversión en I+D que serían beneficiosos desde un punto de vista social (GRILICHES, 1986; HALL, 2002). Debido, tanto al mayor riesgo que suelen implicar las actividades de I+D, como a la más que posible existencia de asimetrías de información entre los distintos grupos de agentes (esto es, entre prestamistas o inversores y prestatarios o empresas que necesitan financiación), las oportunidades para recabar recursos financieros con los que llevar a cabo proyectos de inversión en I+D pueden verse también limitadas de manera sustancial.

Resulta razonable suponer que los poderes públicos deberían prestar apoyo financiero únicamente a aquellos proyectos de inversión en I+D que sean beneficiosos socialmente y que, sin ese apoyo, no serían asumidos en ningún caso por la iniciativa privada. Evidentemente, debemos ser conscientes que dados los problemas de información a los que se ha hecho referencia, identificar aquellos proyectos de inversión en I+D en los que los poderes públicos deberían prestar un mayor apoyo, no resulta una tarea sencilla. Respecto a esta cuestión, resulta interesante señalar que durante las últimas cinco décadas han visto la luz un número muy elevado de investigaciones aplicadas cuyo objetivo principal ha sido indagar acerca de la eficacia de los diferentes instrumentos que pueden emplear los gobiernos para intentar estimular la I+D realizada por las empresas de sus respectivos países². El propósito de la mayoría de estos estudios ha sido examinar empíricamente hasta qué punto los distintos instrumentos utilizados por los poderes públicos han contribuido, efectivamente, a aumentar el nivel de inversión empresarial en I+D (lo que equivaldría a confirmar que las ayudas públicas tienen un efecto adicional sobre la inversión privada en I+D) o, por el contrario, han provocado una reducción en el nivel de inversión en I+D realizado por dichas empresas (en cuyo caso supondría corroborar que las ayudas públicas tienen un efecto sustitución sobre la inversión privada en I+D). La evidencia empírica existente no es del todo concluyente, si bien la mayoría de estudios realizados en los últimos diez años parecen confirmar la existencia de un efecto positivo y, por tanto, estimulador de las ayudas públicas sobre la I+D realizada por las empresas.

El objetivo de este trabajo es mostrar un panorama general sobre la situación de la I+D en España en relación con los países de su entorno y, a partir de la literatura empírica existente, realizar una serie de propuestas que pueden resultar útiles a la hora de promover un debate constructivo respecto a la utilización efectiva y eficiente, por parte de los poderes públicos, de los recursos financieros (vía subsidios) destinados a estimular la I+D empresarial. Dichas propuestas versarán sobre las siguientes cuestiones:

1. ¿A qué empresas se deberían conceder ayudas o subsidios?: ¿A los primeros receptores o a los receptores habituales? ¿A empresas con dificultades financieras? ¿A pequeñas o a grandes empresas? ¿A empresas nuevas o antiguas? ¿A empresas que reciben subsidios de distintas agencias públicas, ya sean regionales o supranacionales?

² Más específicamente, los poderes públicos de la mayoría de los países avanzados (España no es una excepción) han hecho, tradicionalmente, uso de diversos instrumentos para fomentar la I+D empresarial. Entre los más importantes cabe mencionar los subsidios (como subvenciones o créditos), los incentivos fiscales (como desgravaciones en el impuesto de sociedades) o la investigación realizada en diversas instituciones públicas (como universidades o laboratorios) o consorcios de I+D (DAVID, HALL y TOOLE, 2000; HALL y VAN REENEN, 2000; GUELLEC y VAN POTTELSBERGHE, 2003). La atención en este trabajo se centra en el papel de los subsidios públicos en la I+D empresarial.

2. ¿A cuánto debería ascender la cantidad del subsidio?
3. ¿Debería seguirse el mismo patrón a la hora de dar subsidios a las actividades de investigación que a las actividades de desarrollo?

La formulación de las distintas propuestas asociadas a las cuestiones anteriores resulta pertinente en un momento como el actual, en el que los gobiernos de muchos países están llevando a cabo severos ajustes presupuestarios que, en algunos casos (como en el caso de España), están afectando de manera especialmente negativa a los recursos destinados a la I+D.

El resto del trabajo se articula del siguiente modo. En el siguiente apartado se muestran algunos datos de especial interés sobre la inversión en I+D en el mundo durante los últimos años, en la Unión Europea (UE) y en España. En el tercer apartado se revisa la literatura empírica que ha analizado la relación entre los subsidios públicos y la I+D empresarial desde sus orígenes hasta la actualidad. En el cuarto apartado se formulan varias propuestas relacionadas con las diversas cuestiones mencionadas previamente. En el último apartado se presentan las principales conclusiones del trabajo y una serie de propuestas concretas que pueden contribuir al debate sobre las ayudas públicas a la I+D empresarial.

2. LA INVERSIÓN EN I+D EN ESPAÑA DENTRO DEL CONTEXTO INTERNACIONAL

En este apartado se examinan diferentes tipos de datos que pueden ayudar en la descripción de la situación en materia de I+D en España y contextualizarla respecto a otros países del mundo y la UE. Este análisis se basa en la información que ha sido recopilada entre 2000 y 2010 por varios organismos de referencia en el panorama internacional –como el Foro Económico Mundial o la Comisión Europea– y nacional –como la Fundación COTEC–.

Uno de los principales factores que influye sobre el nivel de competitividad de la economía de un país y, por tanto, de sus empresas es su nivel de inversión en actividades de I+D. La **tabla 1** muestra información obtenida del Foro Económico Mundial sobre la competitividad de España, comparándola con la de otros países del mundo ³. Más específicamente, la primera columna proporciona información acerca de la posición que ocupa España y diferentes países del mundo en cuanto a su nivel de competitividad global entre 2008 y 2010. En la segunda columna de esta tabla se muestra información relativa a la posición que ocupan los mismos países en uno de los factores fundamentales que determinan la competitividad global: los factores de innovación. Por último, la tercera columna contiene información sobre la posición que los mismos países ocupan en cuanto a su nivel de

³ El Foro Económico Mundial, en su informe anual «The Global Competitiveness Report», analiza desde 1979 los factores que permiten a las economías de distintos países del mundo alcanzar un crecimiento económico sostenible. Dicho informe se elabora utilizando datos públicos y una encuesta de opinión dirigida a directivos empresariales de los distintos países analizados. El análisis de competitividad está basado en el cálculo del Índice de Competitividad Global, que ofrece una visión general de doce grupos de factores críticos para la competitividad nacional (institucionales, infraestructura, estabilidad macroeconómica, salud y educación primaria, educación superior y aprendizaje, eficiencia en el mercado de bienes, eficiencia en el mercado laboral, sofisticación del mercado financiero, tamaño del mercado nacional, sofisticación de negocio e innovación) y, por tanto, de las empresas de cada uno de los países.

inversión en I+D que, a su vez, es considerado como uno de los aspectos clave de los factores de innovación. Existe una elevada correlación entre la posición que ocupan los distintos países en el Índice de Competitividad Global con la posición que ostentan en el subíndice de los factores de innovación y el lugar que ocupan en términos de gastos en I+D.

Los datos de la **tabla 1** son bastante reveladores al mostrar que no todos los países se han visto igualmente afectados por la crisis económica, ya que hay algunos que incluso han visto mejorada su competitividad. Este parece haber sido el caso de Alemania o Japón. Estos son los que también han visto como se mantenía más o menos estable o incluso mejoraba muy ligeramente su posición en los factores tecnológicos y el gasto en I+D. Especialmente llamativo resulta también el caso de varios países emergentes, como Brasil o China, que han visto como su competitividad global ha mejorado de manera destacada entre 2008 y 2010. Dicho aumento en la competitividad se ha visto acompañado, entre otros motivos, de una mejora en su posición dentro de los factores de innovación y gasto en I+D.

España ha visto deteriorada su posición de manera significativa desde 2008 hasta 2010, tanto en lo relativo a su competitividad global como a la relevancia de los factores de innovación⁴ y el gasto en I+D. De hecho, de todos los países que figuran en esta tabla, resulta evidente que España es uno de los países que ha salido peor parado de dicha crisis en cuanto a deterioro de su competitividad⁵. De alguna manera, a partir de los datos de esta tabla podría decirse que entre los factores que han podido jugar un papel relevante en el deterioro de dicha competitividad se encuentran la escasa importancia que se le han dado tanto a los factores de innovación como al gasto en I+D.

TABLA 1. *Posición Índice de Competitividad Global, Subíndice de Factores de Innovación y Gastos en I+D de las empresas (2008-2010).*

	Posición Índice Competitividad Global			Posición Subíndice Innovación			Posición Gastos en I+D de las empresas		
	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010
España	29	33	42	39	40	46	39	39	47
Alemania	7	7	5	8	7	8	5	4	4
Australia	18	15	16	20	20	21	23	20	23
Brasil	72	56	58	43	43	42	31	29	29
Canadá	10	9	10	13	12	11	22	22	20
China	30	29	27	28	26	26	24	23	22

.../...

⁴ Dentro de los factores de innovación se incluyen los siguientes aspectos: la capacidad de innovación, la calidad de las instituciones de investigación científica, la inversión en I+D realizada por las empresas, la colaboración universidad-empresa en la investigación, la adquisición por el gobierno de productos tecnológicamente avanzados, la disponibilidad en el país de ingenieros y científicos y la existencia de patentes de utilidad.

⁵ Es importante tener presente que a mediados de 2000 la economía española llegó a convertirse en la octava economía más importante del mundo en términos absolutos de PIB.

	Posición Índice Competitividad Global			Posición Subíndice Innovación			Posición Gastos en I+D de las empresas		
	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010
.../...									
Corea	13	19	22	9	11	12	7	10	12
Estados Unidos	1	2	4	1	1	1	3	5	6
Francia	16	16	15	16	18	19	13	13	13
India	48	49	51	32	30	39	29	36	37
Italia	49	48	48	53	50	50	51	42	39
Japón	9	8	6	4	4	4	2	2	3
México	60	60	66	90	78	78	71	78	90
Polonia	53	46	39	64	52	54	57	57	61
Reino Unido	12	13	12	17	15	14	12	14	14
Rusia	58	63	63	48	51	57	46	46	50
Países (nº. total)	(134)	(133)	(139)	(134)	(133)	(139)	(134)	(133)	(139)

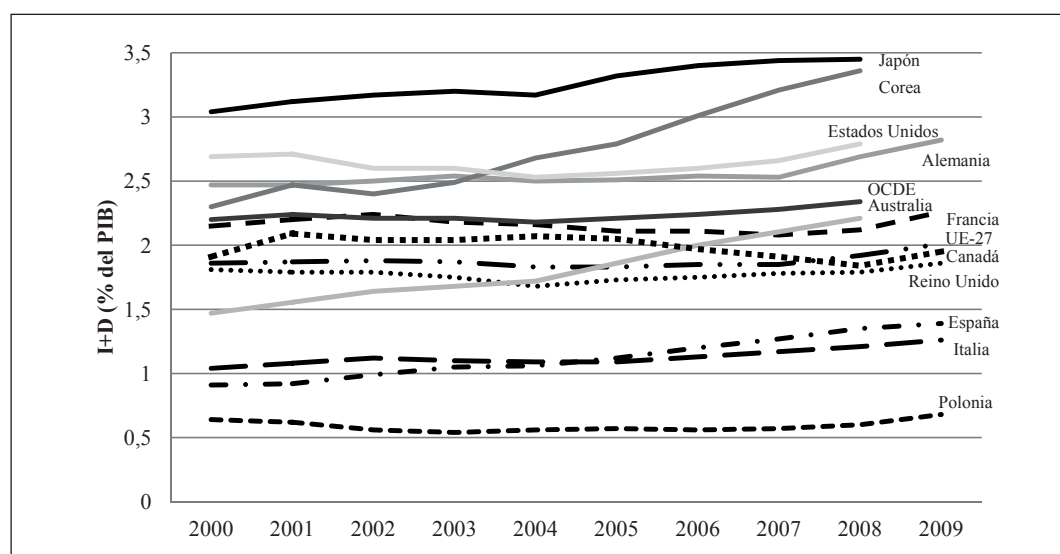
FUENTE: *Elaboración propia a partir de Foro Económico Mundial (2008, 2009, 2010).*

Por su parte, la **tabla 2** y la **figura 1** muestran el esfuerzo total inversor de España en I+D entre 2000 y 2009, y se compara con la media de los veintisiete países que actualmente integran la UE, con los CINCO países de la UE con más población (Alemania, Reino Unido, Francia, Italia y Polonia), con la media de los países de la OCDE, así como con algunos de los países más avanzados del mundo como Estados Unidos, Japón, Australia o Canadá. En cierto modo, los datos que aparecen en esta tabla en materia de I+D son más precisos y, por tanto, pueden considerarse como complementarios a los datos de la **tabla 1** en los que solamente se mostraba la posición en cuanto al gasto empresarial en I+D de los distintos países analizados. Pese a que en 2008 ya empezaban a apreciarse los efectos de la crisis económica global, de los datos que figuran en la **tabla 2** se desprende que el promedio de esfuerzo en I+D en la mayoría de los países analizados se incrementa unas décimas respecto a los años inmediatamente anteriores. Otro dato que llama la atención es que España, junto a Corea y Australia, son los países que más han incrementado, en porcentaje, su esfuerzo en I+D. En el caso de España, el esfuerzo en I+D entre 2000 y 2009 se ha incrementado en cerca de un 53 por 100. No obstante, España aún queda muy lejos del esfuerzo de países punteros en gasto total en I+D como Alemania, Francia, Australia, Corea, Estados Unidos o Japón. Además, respecto de los países europeos, podría afirmarse que el objetivo estratégico establecido en el denominado *Plan de Acción Europeo 2010*, firmado en el Tratado de Lisboa por los distintos gobiernos europeos, según el cual antes de dicha fecha debería alcanzarse un esfuerzo inversor en I+D del 3 por 100, está aún bastante lejos de hacerse realidad en la mayoría de los países. De hecho, solo hay tres países miembros de la UE –que no aparecen recogidos en la **tabla 1**– que estarían en condiciones de cumplir con dicho objetivo en 2009. Estos países son Finlandia (3,92%), Suecia (3,61%) y Dinamarca (3,06%). Dos países más estarían cerca de alcanzar dicho objetivo en 2009: Alemania (2,82%) y Austria (2,72%).

TABLA 2. Gasto total en I+D en % del PIB (2000-2009): España, UE-27, los CINCO, Australia, Canadá, Corea, EE.UU., Japón y OCDE.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
España	0,91	0,92	0,99	1,05	1,06	1,12	1,20	1,27	1,35	1,39
UE-27	1,86	1,87	1,88	1,87	1,83	1,83	1,85	1,85	1,92	2,01
Alemania	2,47	2,47	2,50	2,54	2,50	2,51	2,54	2,53	2,69	2,82
Francia	2,15	2,20	2,24	2,18	2,16	2,11	2,11	2,08	2,12	2,26
Italia	1,04	1,08	1,12	1,10	1,09	1,09	1,13	1,17	1,21	1,26
Polonia	0,64	0,62	0,56	0,54	0,56	0,57	0,56	0,57	0,60	0,68
Reino Unido	1,81	1,79	1,79	1,75	1,68	1,73	1,75	1,78	1,79	1,86
Australia	1,47	n.d.	1,64	n.d.	1,72	n.d.	2,00	n.d.	2,21	n.d.
Canadá	1,91	2,09	2,04	2,04	2,07	2,05	1,97	1,91	1,84	1,95
Corea	2,30	2,47	2,40	2,49	2,68	2,79	3,01	3,21	3,36	n.d.
Estados Unidos	2,69	2,71	2,60	2,60	2,53	2,56	2,60	2,66	2,79	n.d.
Japón	3,04	3,12	3,17	3,20	3,17	3,32	3,40	3,44	3,45	n.d.
OCDE	2,20	2,24	2,21	2,21	2,18	2,21	2,24	2,28	2,34	n.d.

FUENTE: Elaboración propia a partir de EUROSTAT (2012) y COTEC (2011: pág. 276).

FIGURA 1. Tendencia del gasto total en I+D en % del PIB (2000-2009).

Por su parte, las **tablas 3 y 4** y las **figuras 2 y 3** contienen información sobre cómo se han distribuido los gastos totales en I+D por sector de ejecución, distinguiendo entre el gasto total en I+D ejecutado por las empresas (**tabla 3 y figura 2**) y el gasto total ejecutado por sector público (**tabla 4 y figura 3**) dentro del mismo grupo de países y durante el mismo periodo de tiempo.

El gasto total en I+D ejecutado por el sector privado en España ha mantenido una senda ascendente durante el periodo 2000-2009. Se trata de una tendencia similar a la que se ha producido en otros países como Alemania, Italia, Australia, Corea, Japón o la OCDE en su conjunto, y contrasta con lo que ha sucedido en países como Estados Unidos, Francia, Polonia, Reino Unido, Canadá o la UE-27, donde el gasto en I+D ejecutado por las empresas ha aumentado muy ligeramente, se ha mantenido más o menos estable durante todo el periodo o incluso ha llegado a disminuir. Además, resulta interesante destacar que los países en los que el sector empresarial ejecuta un porcentaje más elevado de la inversión total en I+D son Japón (con un porcentaje que oscila entre el 72% en 2000 al 78% en los años 2007-2009), Corea (con un porcentaje que ha oscilado según los años entre el 74% y el 77%), Estados Unidos (con un porcentaje que ha oscilado también según los años entre el 69% y el 75%) y Alemania (con un porcentaje que ha variado entre el 68% en 2009 y el 71% en 2000). De los países considerados, Polonia es el que muestra una participación más baja del sector empresarial, además de exhibir una tendencia decreciente. Italia muestra una participación del sector empresarial que ronda el 50 por 100 mientras que en España es ligeramente superior, situándose en torno al 52 por 100 en 2009. No obstante, en España, este porcentaje es ostensiblemente inferior al de la media de los países de la UE-27 (que en 2009 se situó en el 61%) y al de los países de la OCDE (que durante la mayoría de los años alcanzó un porcentaje cercano al 70%). Estos datos pueden darnos una idea bastante aproximada de la fortaleza del tejido empresarial de los distintos países considerados en lo que se refiere al esfuerzo inversor realizado en I+D.

En la mayoría de los países analizados se ha experimentado un aumento de la importancia del gasto total en I+D ejecutado por el sector público. Sin embargo, Japón muestra una tendencia contraria. En países como Estados Unidos o Francia se observa una doble tendencia, ya que durante unos años va disminuyendo ligeramente para luego volver a aumentar en los años siguientes. A la vista de las **tablas 3 y 4** también es posible afirmar que los países en los que el sector público ejecuta una proporción más elevada del gasto total en I+D son Polonia (con un porcentaje que en 2008 y 2009 ha sido de un 70%), España e Italia (con porcentajes que oscilan, según los años, entre el 44% y 50%). En Canadá, el sector público también ha ejecutado una parte significativa de la inversión en I+D. En el lado contrario, se encuentran Japón, Corea o Estados Unidos con porcentajes de poco más del 20 por 100 en la mayoría de los años. En países como Alemania, Francia o Reino Unido el sector público ha ejecutado entre un 30 y 40 por 100 de la inversión total en I+D.

TABLA 3. Gasto en I+D ejecutado por empresas en % del PIB (2000-2009): España, UE-27, los CINCO, Australia, Canadá, Corea, EE.UU., Japón y OCDE.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
España	0,49	0,48	0,54	0,57	0,58	0,60	0,67	0,71	0,74	0,72
UE-27	1,21	1,21	1,20	1,19	1,16	1,15	1,17	1,18	1,21	1,24
.../...										

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
.../...										
Alemania	1,74	1,73	1,73	1,77	1,75	1,74	1,78	1,77	1,86	1,91
Francia	1,34	1,39	1,42	1,36	1,36	1,31	1,33	1,31	1,33	1,39
Italia	0,52	0,53	0,54	0,52	0,52	0,55	0,55	0,61	0,65	0,67
Polonia	0,23	0,22	0,11	0,15	0,16	0,18	0,18	0,17	0,19	0,18
Reino Unido	1,18	1,17	1,16	1,11	1,05	1,06	1,08	1,11	1,11	1,12
Australia	0,70	0,82	0,86	0,90	0,94	1,04	1,16	1,26	1,35	n.d.
Canadá	0,70	0,82	0,86	0,90	0,94	1,04	1,16	1,26	1,35	n.d.
Corea	1,70	1,88	1,80	1,89	2,06	2,15	2,32	2,45	2,53	n.d.
Estados Unidos	2,01	1,96	1,82	1,80	1,76	1,79	1,85	1,92	2,02	n.d.
Japón	2,16	2,30	2,36	2,40	2,38	2,54	2,63	2,68	2,70	n.d.
OCDE	1,53	1,55	1,50	1,49	1,48	1,51	1,55	1,59	1,63	n.d.

FUENTE: Elaboración propia a partir de EUROSTAT (2012) y COTEC (2011: pág. 299).

FIGURA 2. Tendencia del gasto en I+D ejecutado por empresas en % del PIB (2000-2009).

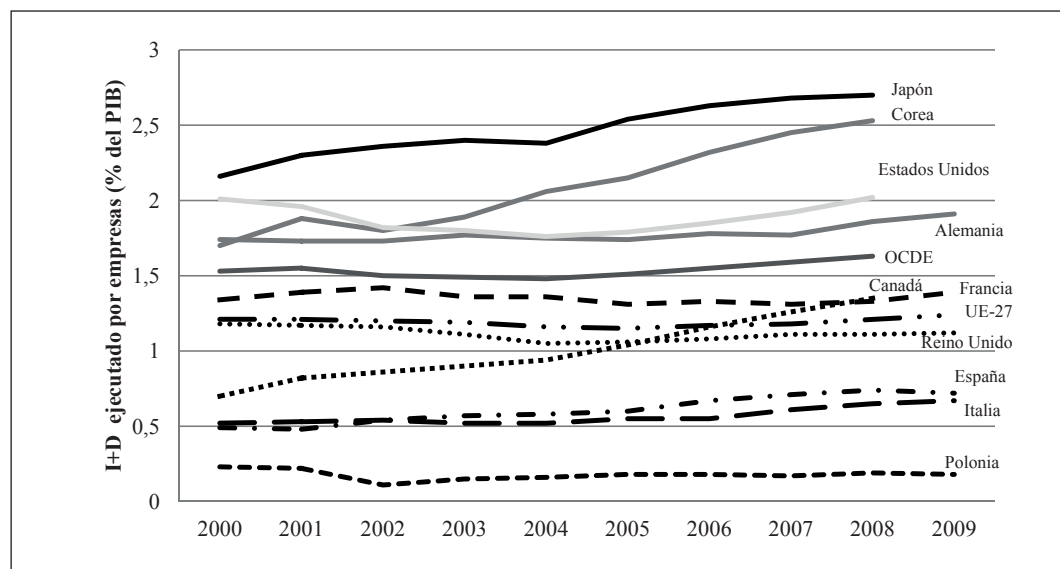
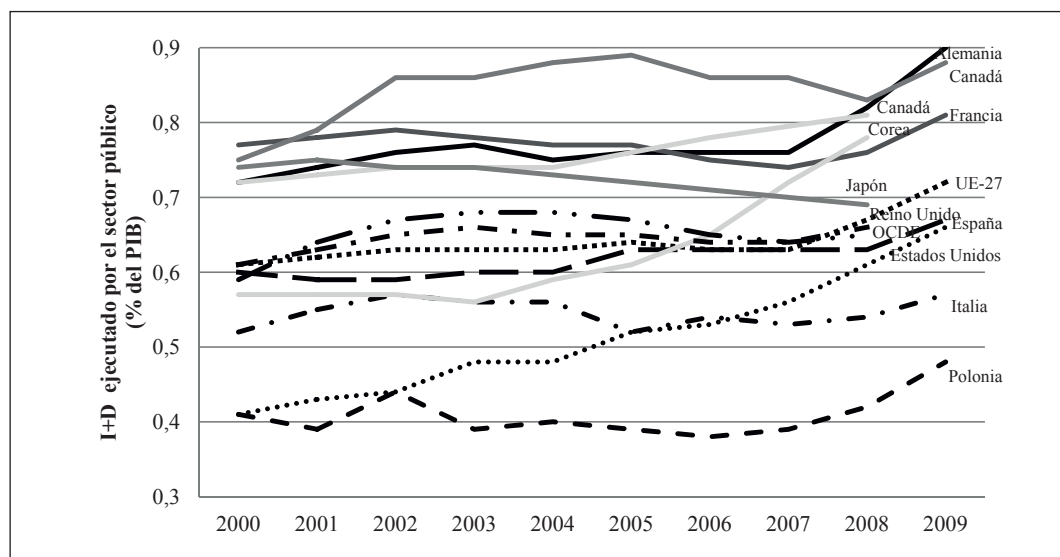


TABLA 4. Gasto en I+D ejecutado por el sector público en % del PIB (2000-2009): España, UE-27, los CINCO, Australia, Canadá, Corea, EE.UU., Japón y OCDE.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
España	0,41	0,43	0,44	0,48	0,48	0,52	0,53	0,56	0,61	0,66
UE-27	0,61	0,62	0,63	0,63	0,63	0,64	0,63	0,63	0,67	0,72
Alemania	0,72	0,74	0,76	0,77	0,75	0,76	0,76	0,76	0,82	0,90
Francia	0,77	0,78	0,79	0,78	0,77	0,77	0,75	0,74	0,76	0,81
Italia	0,52	0,55	0,57	0,56	0,56	0,52	0,54	0,53	0,54	0,57
Polonia	0,41	0,39	0,44	0,39	0,40	0,39	0,38	0,39	0,42	0,48
Reino Unido	0,60	0,59	0,59	0,60	0,60	0,63	0,63	0,63	0,63	0,67
Australia	0,72	n.d.	0,74	n.d.	0,74	n.d.	0,78	n.d.	0,81	n.d.
Canadá	0,75	0,79	0,86	0,86	0,88	0,89	0,86	0,86	0,83	0,88
Corea	0,57	0,57	0,57	0,56	0,59	0,61	0,65	0,72	0,78	n.d.
Estados Unidos	0,59	0,64	0,67	0,68	0,68	0,67	0,65	0,64	0,65	n.d.
Japón	0,74	0,75	0,74	0,74	0,73	0,72	0,71	0,70	0,69	n.d.
OCDE	0,61	0,63	0,65	0,66	0,65	0,65	0,64	0,64	0,66	n.d.

FUENTE: COTEC (2011: pág. 309).

FIGURA 3. Tendencia del gasto en I+D ejecutado por el sector público en % del PIB (2000-2009).



La Comisión Europea publica desde hace varios años un informe en el que se muestra la situación de la inversión en I+D industrial. Su propósito es servir como instrumento para el análisis del gasto en I+D de las 1.000 empresas europeas que más invierten en I+D, comparándolas con las 1.000 empresas no europeas que también invierten más en I+D. La **tabla 5** muestra información sobre la importancia relativa de las empresas españolas respecto a las 1.000 empresas europeas durante los tres últimos años de los que se dispone de información. Puede verse que en los años 2007 y 2008 solo había 21 empresas españolas entre las 1.000 empresas europeas que más invirtieron en I+D. En el año 2009 esa cifra se incrementó hasta las 27 empresas. En línea con los datos que se han venido analizando previamente, puede observarse también como la intensidad en I+D de las empresas españolas ha sido más baja que la del conjunto de las empresas europeas, aunque a diferencia de estas, en el caso español la intensidad en I+D prácticamente se ha duplicado entre el año 2007 y 2009, mientras que en el caso europeo apenas ha variado una décima porcentual. Igualmente llamativo resulta el aumento del peso de las empresas españolas sobre el total de las 1.000 empresas europeas que más invirtieron en I+D, que ha sido más del doble entre los años 2007 y 2009, al pasar de un 1,06 por 100 a un 2,24 por 100. El peso en la intensidad en I+D también se ha incrementado, pero en menor medida.

TABLA 5. *Importancia de las mayores empresas españolas respecto a las 1.000 mayores empresas europeas.*

	2007		2008		2009		Importancia de las empresas españolas		
	Empresas europeas (1.000)	Empresas españolas (21)	Empresas europeas (1.000)	Empresas españolas (21)	Empresas europeas (1.000)	Empresas españolas (27)	2007	2008	2009
Inversión en I+D (M. de €)	126.358,4	1.340,24	130.412,3	1.470,9	129.980,0	2.912,5	1,06%	1,13%	2,24%
Intensidad en I+D ^(a)	2,3%	0,7%	2,3%	0,8%	2,4%	1,3%	30,43%	34,8%	54,2%

^(a) La intensidad en I+D se calcula como el cociente entre la inversión en I+D y las ventas netas de las empresas.

FUENTE: *Elaboración propia a partir de The 2008, 2009 and 2010 EU Industrial R&D Investment SCOREBOARD, Comisión Europea (2008, 2009, 2010).*

Por su parte, la **tabla 6** recoge información más detallada sobre la posición que ocupan las 27 empresas españolas que más invirtieron en I+D durante el año 2009 respecto a las 1.000 empresas europeas.

TABLA 6. Posición de las 27 empresas españolas que más invirtieron en I+D en 2009.

Pos. entre empresas españolas	Pos. 1.000 empresas europeas	Empresa	Sector	Inversión en I+D (M. de €)	Intensidad en I+D (%)
1	31	Santander	Banca	856	2,1
2	34	Telefónica	Telecomunicaciones	777	1,4
3	78	WAM Acquisition	Informática	251	10,2
4	103	Indra Sistemas	Informática	175	7,0
5	141	Almirall	Farmacia	133	14,4
6	184	Acciona	Construcción	92	1,2
7	187	Iberdrola	Electricidad	91	0,4
8	189	Abengoa	Industrias diversas	90	2,2
9	222	Repsol-YPF	Petróleo y gas	75	0,2
10	233	Fagor Electrodomésticos	Electrodomésticos	70	4,9
11	273	Zeltia	Farmacia	54	43,9
12	284	ITP	Aeroespacial	50	10,3
13	314	Gamesa	Maquinaria industrial	42	1,3
14	324	ACS	Construcción	40	0,2
15	462	Obrascón Huarte Laín	Construcción	21	0,5
16	629	Amper	Equipos telecomunicaciones	13	4,4
17	636	CAF	Vehículos	12	1,0
18	715	Ebro Puleva	Agroindustria	10	0,4
19	717	Rovi	Farmacia	10	6,8
20	754	Corporación IBV	Industrias diversas	9	0,8
21	773	Grifols	Farmacia	8	0,9
22	823	FAES Farma	Biotechnología	7	3,6
23	823	REE	Electricidad	7	0,6
24	866	Cie Automotive	Automoción	6	0,5
25	923	Pescanova	Agroindustria	5	0,4
26	961	Ercros	Química	5	0,8
27	987	Nicolás Correa	Maquinaria industrial	5	9,3

FUENTE: *Elaboración propia a partir de The 2010 EU Industrial R&D Investment SCOREBOARD, Comisión Europea (2010).*

Los informes publicados por la Comisión Europea sobre las empresas europeas que más invierten en I+D también ponen de relieve que los países con más empresas entre las 1.000 que más invirtieron en I+D en 2009 fueron por este orden, Reino Unido (246), Alemania (206), Francia (116), Suecia (76), Finlandia (56), Italia (53), Holanda (52) y Dinamarca (46). Los datos han sido similares en años anteriores, si bien, Reino Unido ha ido perdiendo cada vez un mayor número de empresas entre las que más invierten en I+D y Alemania ha incrementado su número. Dichos informes también proporcionan información acerca de las 1.000 empresas no europeas que más invierten en I+D. En el año 2009 los países no pertenecientes a la UE con más empresas fueron Estados Unidos (504) y Japón (259). Por otro lado, la empresa europea que más invirtió en I+D en 2009 fue la alemana Volkswagen (5.790 millones de euros) y la empresa no europea que más invirtió en I+D en el mismo año fue la japonesa Toyota Motor (6.768,46 millones de euros).

La **tabla 7** y las **figuras 4, 5 y 6** resumen información sobre los principales indicadores del sistema español de innovación. Como ya se ha señalado previamente, el gasto total en I+D en España ha aumentado de manera significativa entre 2000 y 2009, prácticamente un 53 por 100. Además, como también se ha advertido previamente, ha aumentado tanto el gasto en I+D ejecutado por el sector privado como por el sector público, si bien, el llevado a cabo por el sector privado ha aumentado entre 2000 y 2009 en casi un 47 por 100, mientras que el realizado por el sector público lo ha hecho en cerca de un 61 por 100. Esta tabla recoge también información detallada sobre la forma en que se han financiado los gastos totales en I+D durante dicho periodo. Puede verse como la financiación del gasto total en I+D por parte del sector público ha ido ganando cada vez más peso, mientras que la financiación por parte del sector privado ha ido descendiendo de manera paulatina. Otro dato igualmente revelador es el que se refiere a la financiación del gasto total en I+D llevado a cabo por las empresas españolas. Resulta evidente que el sector público ha ido asumiendo cada vez un papel más crítico en su financiación, ya que entre 2000 y 2009 su importancia se ha incrementado en aproximadamente un 131 por 100. Entretanto, el sector privado ha visto reducida la participación en la financiación de la I+D que él mismo realiza en un 13,7 por 100. Un patrón menos definido es el que ha exhibido la financiación de la I+D privada por el extranjero, aunque desde 2007 ha sido superior al 6 por 100. En la medida en que el modo habitual de obtener estos fondos suele ser en competencia con el resto de empresas europeas, en el ámbito de los Programas Marco de la I+D de la UE, la evolución favorable puede ser interpretada, hasta cierto punto, como una señal de incremento de competitividad de la I+D de un gran número de empresas españolas respecto a sus homólogas de otros países europeos. Esta tabla también muestra que el personal total ocupado en España en actividades de I+D se ha incrementado en un 83 por 100 entre 2000 y 2009.

Por último, la **tabla 7** presenta datos sobre el ratio de cobertura del comercio exterior (definido como porcentaje de exportaciones sobre importaciones) de bienes de alta tecnología. Dado que uno de los métodos que pueden utilizarse para evaluar la competitividad de un país es el análisis de su comercio exterior de productos de alta tecnología, cabe esperar que cuanto mayor sea el ratio de cobertura de estos productos, mayor será la capacidad del país para comercializar en los mercados internacionales los resultados asociados a sus actividades de I+D. En España dicho ratio de cobertura se ha mantenido relativamente estable entre 2000 y 2009. No obstante, si se compara con el de otros países de la UE-27 o del resto del mundo, se advierte que en España es aún muy bajo. Por ejemplo, en 2009 este ratio de cobertura en Corea fue del 179 por 100, en Japón del 122 por 100, en Francia del 115 por 100, en Alemania del 114 por 100, en el Reino Unido del 88 por 100, en Estados Unidos del 73 por 100, en Italia del 68 por 100, en Canadá del 60 por 100 y en Polonia del 44 por 100.

TABLA 7. Principales indicadores del sistema español de innovación (2000-2009).

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Gasto total en I+D										
• Millones de euros corrientes	5.719,0	6.496,0	7.193,5	8.213,0	8.945,8	10.196,9	11.815,2	13.342,4	14.701,4	14.581,7
• Millones de euros constantes 2009	5.719,0	6.234,3	6.619,0	7.256,0	7.597,6	8.304,2	9.241,2	10.098,1	10.865,7	10.712,8
Esfuerzo en I+D										
• Gasto total ejecutado I+D/PIB (%)	0,91	0,92	0,99	1,05	1,06	1,12	1,20	1,27	1,35	1,39
• Gasto total ejecutado en I+D por sector empresarial/PIB (%)	0,49	0,48	0,54	0,57	0,58	0,60	0,67	0,71	0,74	0,72
• Gasto total ejecutado en I+D por sector público/PIB (%)	0,41	0,43	0,44	0,48	0,48	0,52	0,53	0,56	0,61	0,66
Financiación de la I+D										
• Gasto total en I+D financiado por sector público (%) ^(a)	43,36	43,06	43,62	45,46	45,15	47,11	46,43	46,99	48,80	50,60
• Gasto total en I+D financiado por sector privado (%) ^(b)	51,76	49,48	49,55	48,81	48,70	47,15	47,63	46,00	45,51	45,00
• Gasto total en I+D financiado por extranjero (%)	4,88	7,52	6,83	5,73	6,16	5,74	5,94	7,01	5,70	5,50
• Gasto privado en I+D financ. por sector público (%) ^(c)	7,4	9,7	9,6	11,2	12,5	13,7	14,5	16,3	17,9	17,1
• Gasto privado en I+D financ. por sector privado (%) ^(b)	88,6	82,5	84,2	83,6	82,3	80,5	79,1	75,2	75,7	76,5
• Gasto privado en I+D financ. por el extranjero (%)	3,7	7,7	5,9	5,2	5,2	5,8	6,3	8,4	6,3	6,3
Personal ocupado en I+D (en EJC) ^(d)	120.618	130.353	134.258	151.487	161.933	174.773	188.978	201.108	215.676	220.777
• Sobre la población ocupada (%)	6,8	6,9	7,7	8,8	9,0	9,2	9,6	9,9	10,6	11,7
Comercio exterior										
• Ratio de cobertura comercio exterior bienes de alta tecnología	39	43	45	45	39	37	32	29	28	39
• Ratio de cobertura comercio exterior total	77	75	76	75	72	67	65	65	67	78

^(a) Incluye administraciones públicas y enseñanza superior; ^(b) Incluye empresas privadas e IPSFL; ^(c) Incluye solo administraciones públicas; ^(d) EJC = Equivalencia a Jornada Completa.

FUENTE: Elaboración propia a partir de COTEC (2011: págs. 18, 77, 154, 276, 299 y 309).

FIGURA 4. *Tendencia del gasto total ejecutado en I+D sobre el PIB (%) en España.*

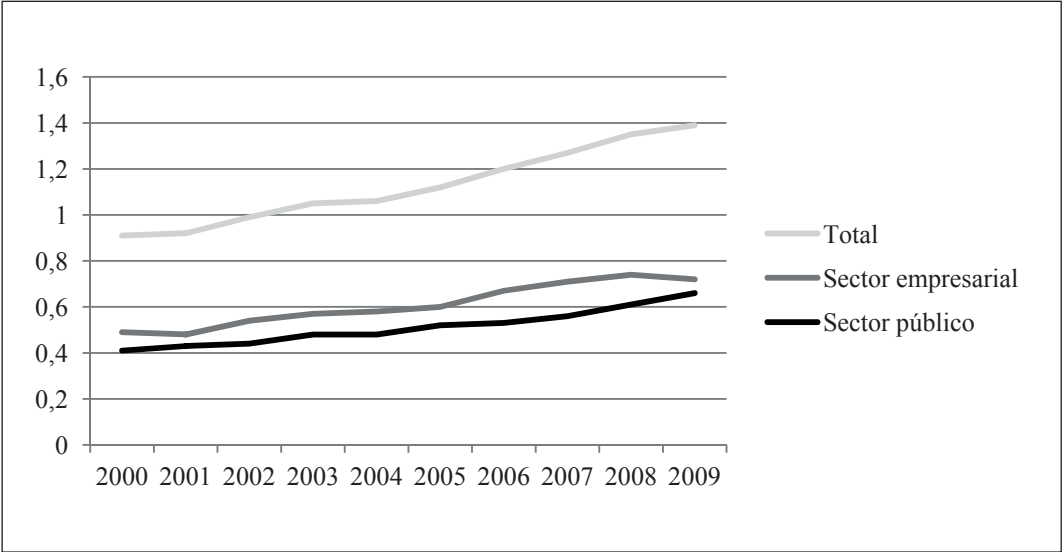


FIGURA 5. *Tendencia del gasto total ejecutado en I+D en España. Financiación.*

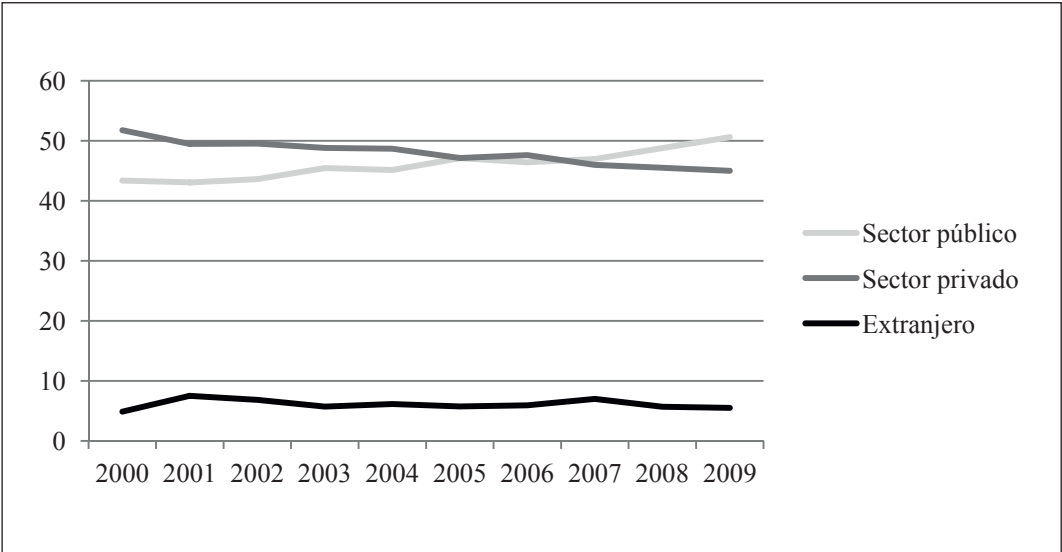
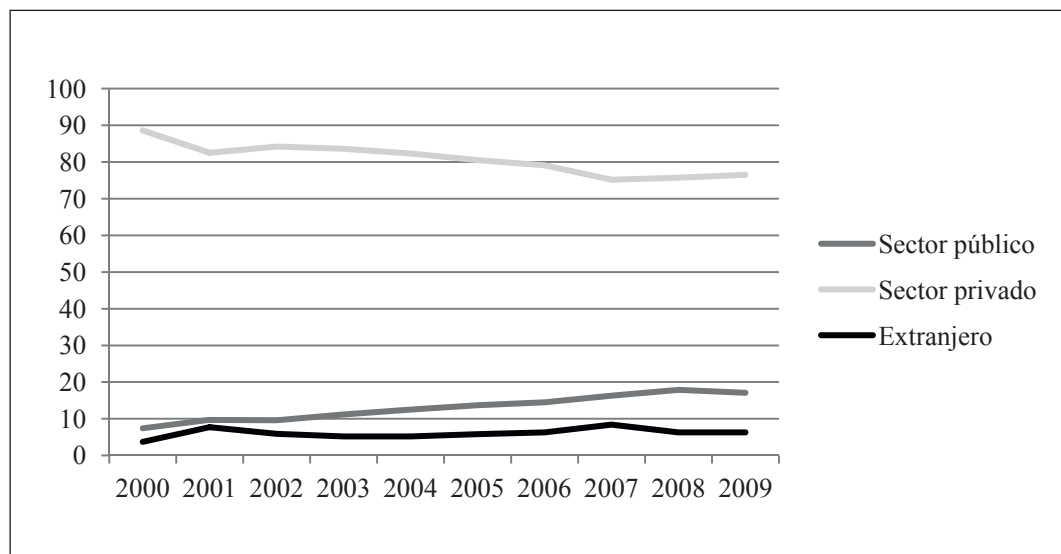


FIGURA 6. *Tendencia del gasto privado ejecutado en I+D en España. Financiación.*

Para finalizar este apartado, la **tabla 8** recoge información sobre el número de proyectos y ayudas solicitadas y aprobadas en 2009 en el Plan Nacional de I+D (2008-2011), y la **tabla 9** recoge información sobre los recursos financieros aprobados en 2009 en el Plan Nacional de I+D (2008-2011), en ambos casos desglosada por áreas de actuación. Los datos de ambas tablas ponen de relieve que más de la mitad de los proyectos solicitados en materia de I+D han sido finalmente concedidos, y que casi una cuarta parte de todas las solicitudes realizadas han tenido que ver con proyectos de I+D. Además, en torno a un 21 y 22 por 100 de todos los recursos destinados a financiar tales proyectos han adoptado la forma de subvenciones y créditos, respectivamente.

TABLA 8. *Número de proyectos y ayudas solicitados y aprobados en 2009 en el Plan Nacional de I+D (2008-2011).*

	Solicitudes	Concesiones	% de solicit. concedidas
Proyectos de I+D	11.554	7.114	61,6
Recursos Humanos	20.447	6.992	34,2
Infraestructuras científicas y tecnológicas	933	536	57,4
Articulación e internacionalización del sistema	2.261	790	34,9
Utilización del conocimiento y transferencia tecnológica	75	75	100
Fortalecimiento institucional	0	0	0
.../...			

	Solicitudes	Concesiones	% de solicit. concedidas
.../...			
Acciones estratégicas	8.964	2.320	25,9
Programa de cultura científica y de innovación	999	244	24,4
Total	45.233	18.071	40,0

FUENTE: COTEC (2011: pág. 200).

TABLA 9. Recursos financieros aprobados en 2009 en el Plan Nacional de I+D (2008-2011).

	Subvención	Créditos	Total	% Total
Proyectos de I+D (miles de €)	748.559,2	770.318,7	1.518.877,9	42,6
Recursos Humanos	362.864,9	0	362.864,9	10,2
Infraestructuras científicas y tecnológicas	16.749,2	420.592,8	437.342,0	12,3
Articulación e internacionalización del sistema	367.578,2	44.284,8	411.863,0	11,5
Utilización del conocimiento y transferencia tecnológica	0	29.109,3	29.109,3	0,8
Fortalecimiento institucional	0	0	0	0
Acciones estratégicas	391.464,8	411.595,6	803.060,4	22,5
Programa de cultura científica y de innovación	4.709,4	0	4.709,4	0,1
Total	1.891.925,7	1.675.901,2	3.567.826,9	100

FUENTE: COTEC (2011: pág. 199).

3. EL EFECTO DE LAS AYUDAS PÚBLICAS SOBRE LA I+D EMPRESARIAL: EVIDENCIA EMPÍRICA

Los datos presentados en el apartado precedente evidencian un cierto atraso de la economía española y de sus empresas en materia de inversión en I+D respecto a la mayoría de países avanzados. Ante este contexto, la cuestión que se plantea es si la concesión de ayudas públicas vía subsidios puede ayudar a estimular las inversiones en I+D realizadas por las empresas y poder contribuir de este modo a aumentar sus niveles de competitividad en los mercados internacionales. De hecho, durante las últimas cinco décadas ha emergido una corriente de investigación científica interesada en probar en qué medida las ayudas públicas y, más concretamente, los subsidios públicos pueden ser considerados un estímulo realmente efectivo sobre la inversión empresarial en I+D.

BLANK y STIGLER (1957) fueron los primeros investigadores interesados en examinar empíricamente la relación entre los subsidios públicos y la inversión privada en I+D. Estos autores encontraron evidencia tanto a favor de un efecto adicional (estimulador) como de un efecto reductor (sustitución). De alguna manera estos hallazgos iniciales resumen bastante bien cómo ha sido la evolución de esta corriente de investigación durante las últimas cinco décadas. La **tabla 10** sintetiza información sobre las 77 investigaciones aplicadas identificadas sobre el tema. A la vista de la información que figura en esta tabla pueden extraerse las siguientes conclusiones. Primero, la mayoría de investigaciones se han llevado a cabo en la década de 2000 (43). Junto a la creciente disponibilidad de bases de datos cada vez de más calidad, esto puede ser interpretado también como un signo inequívoco de la creciente preocupación que entre los investigadores está generando el papel que las ayudas públicas (vía subsidios) pueden tener sobre la I+D empresarial. Segundo, se advierte de la existencia de una gran disparidad de resultados. La mayoría de los estudios ofrecen respaldo para el argumento de la adicionalidad (45), según el cual los subsidios públicos ejercen un efecto estimulador (o adicional) sobre las inversiones en I+D de las empresas. Pero hay, también, varios estudios (6) que alcanzan resultados opuestos, esto es, los subsidios públicos reducen (reemplazan o sustituyen) dicha inversión. Finalmente, hay numerosos estudios que encuentran efectos no significativos (4) e, inclusive, contradictorios (22). La tabla también permite constatar que en España se han llevado a cabo hasta la fecha cinco estudios, todos ellos durante la última década, y los resultados de tres encuentran la existencia de un efecto adicional y dos alcanzan resultados contradictorios.

TABLA 10. *Investigaciones empíricas sobre el efecto de los subsidios públicos en la I+D privada.*

Autores	País	Periodo	Muestra	Resultados
HAMBERG (1966)	EE.UU.	1960	Empresas manufactureras	Contradictorios
GLOBERMAN (1973)	Canadá	1965-69	Empresas manufactureras	Adicionalidad
BUXTON (1975)	Reino Unido	1965	Empresas manufactureras	Adicionalidad
HOWE y McFETRIDGE (1976)	Canadá	1967-71	Empresas manufactureras	Contradictorios
ROSENBERG (1976)	EE.UU.	1963-64	Empresas manufactureras	Adicionalidad
SHRIEVES (1978)	EE.UU.	1965	Empresas manufactureras	Sustitución
GOLBERG (1979)	EE.UU.	1958-75	Empresas manufactureras	Contradictorios
CARMICHAEL (1981)	EE.UU.	1976-77	Empresas manufactureras	Sustitución
HIGGINS y LINK (1981)	EE.UU.	1977	Empresas manufactureras	Sustitución
LINK (1982)	EE.UU.	1977	Empresas manufactureras	Adicionalidad
LEVY y TERLECKYJ (1983)	EE.UU.	1949-81	País	Adicionalidad
GANNICOTT (1984)	Australia	1976-77 y 1978-79	Empresas manufactureras	No significativos
LEVIN y REISS (1984)	EE.UU.	1963, 67 y 72	Empresas manufactureras	Adicionalidad
.../...				

Autores	País	Periodo	Muestra	Resultados
.../...				
LICHTENBERG (1984)	EE.UU.	1) 1963-79 2) 1967, 72, 77	1) Industrias [sect. manuf.] 2) Empresas manufactureras	1) Contradictorios 2) Contradictorios
MANSFIELD y SWITZEER (1984)	EE.UU.	1979	Empresas manufactureras	Adicionalidad
SCOTT (1984)	EE.UU.	1974	Empresas manufactureras	Adicionalidad
TERLECKYJ (1985)	EE.UU.	1964-84	País	Adicionalidad
LICHTENBERG (1987)	EE.UU.	1) 1956-83 2) 1979-84	1) País 2) Empresas manufactureras	1) Contradictorios 2) Contradictorios
LICHTENBERG (1988)	EE.UU.	1979-84	Empresas manufactureras	Contradictorios
HOLEMANS y SLEUWAEGEN (1988)	Bélgica	1980-84	Empresas manufactureras	Adicionalidad
ANTONELLI (1989)	Italia	1983	Empresas manufactureras	Adicionalidad
LEYDEN <i>et al.</i> (1989)	EE.UU.	1987	Empresas manufactureras	Contradictorios
LEVY (1990)	9 países OCDE	1963-84	País	Contradictorios
LEYDEN y LINK (1991)	EE.UU.	1987	Empresas manufactureras	Adicionalidad
ROBSON (1993)	EE.UU.	1955-88	País	Adicionalidad
MAMUNEAS y NADIRI (1996)	EE.UU.	1956-88	Empresas manufactureras	Contradictorios
CAPRON y VAN POTTELSBERGHE (1997)	7 países industrializados	1973-90	Empresas manufactureras	Contradictorios
GOOLSBEE (1998)	EE.UU.	1968-94	Observaciones de ingenieros y científicos	Sustitución
KLETTE y MØEN (1998)	Noruega	1982-95	Empresas manufactureras	Contradictorios
TOIVANEN y NIININEN (1998)	Finlandia	1989, 1991, 1993	Empresas manufactureras	Contradictorios
VON TUNZELMAN y MARTIN (1998)	22 países OCDE	1969-95	País	Contradictorios
BENTZEN y SMITH (1999)	5 países nórdicos	1975-95	País	Contradictorios
BROUWER y KLEINKNECHT (1999)	Holanda	1988, 1992	Empresas manufactureras	Adicionalidad
DIAMOND (1999)	EE.UU.	1953-95	País	Adicionalidad
BUSOM (2000)	España	1988	Empresas manufactureras	Contradictorios
WALLSTEN (2000)	EE.UU.	1990-92	Empresas manufactureras	Sustitución
MEEUSEN y JANSSENS (2001)	Bélgica	1992-97	Empresas manufactureras	Adicionalidad
.../...				

.../...

Autores	País	Periodo	Muestra	Resultados
.../...				
CALLEJÓN y GARCÍA-QUEVEDO (2002)	España	1989-98	Empresas manufactureras	Adicionalidad
CZARNITZKI y FIER (2002)	Alemania	1996, 1998	Empresas manufactureras	Adicionalidad
LACH (2002)	Israel	1990-95	Empresas manufactureras	Contradictorios
SUETENS (2002)	Bélgica	1992-99	Empresas manufactureras	Sustitución
ALMUS y CZARNITZKI (2003)	Alemania	1995, 97, 99	Empresas manufactureras	Adicionalidad
GUELLEC y VAN POTTELSBERGHE (2003)	17 países OCDE	1981-96	País	Contradictorios
HYTTINEN y TOIVANEN (2003)	Finlandia	2002	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
JANZ <i>et al.</i> (2003)	Alemania, Suecia	1998-2000	Empresas manufactureras	No significativos
SØRENSEN <i>et al.</i> (2003)	Dinamarca	1974-95	Empresas manufactureras	Adicionalidad
AERTS y CZARNITZKI (2004)	Bélgica	1998-2000	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
CZARNITZKI y HUSSINGER (2004)	Alemania	1992-2000	Empresas manufactureras	Adicionalidad
DUGUET (2004)	Francia	1985-97	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
FALK (2004)	Austria	1995-2002	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
KAISER (2004)	Dinamarca	2001	Empresas manufactureras y servicios	No significativos
STREICHER <i>et al.</i> (2004)	Austria	1997-2002	Empresas manufactureras	Adicionalidad
ALI-YRKKÖ (2005)	Finlandia	1996-02	Empresas manufactureras (sector tecnológico)	Adicionalidad
EBERSBERGER (2005)	Finlandia	1994-96 1998-2000	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
GONZÁLEZ <i>et al.</i> (2005)	España	1990-99	Empresas manufactureras	Adicionalidad
KOGA (2005)	Japón	1995-98	Empresas manufactureras	Adicionalidad
LÖÖF y HESHMATI (2005)	Suecia	1998-2000	Empresas manufactureras y servicios	Contradictorios
WU (2005)	EE.UU.	1979-95	13 estados	No significativos
AERTS y CZARNITZKI (2006)	Bélgica	1998-2000	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
.../...				

Autores	País	Periodo	Muestra	Resultados
.../...				
CZARNITZKI y LICHT (2006)	Alemania	1994, 96, 98, 2000	Empresas manufactureras	Adicionalidad
HERRERA y HEIJS (2006)	España	1998-2000	Empresas manufactureras	Adicionalidad
ZHU <i>et al.</i> (2006)	China	1993-2002	Empresas manufactureras	Adicionalidad
CLAUSEN (2007)	Noruega	1999-2001	Empresas manufactureras	Contradictorios
CZARNITZKI <i>et al.</i> (2007)	Alemania, Finlandia	1996,2000	Empresas manufactureras y servicios	Contradictorios
CZARNITZKI y TOOLE (2007)	Alemania	1998-2000	Empresas manufactureras	Adicionalidad
GÖRG y STROBL (2007)	Irlanda	1998-2002	Empresas manufactureras	Contradictorios
AERTS y SCHMIDT (2008)	Alemania, Bélgica	1998-2000, 2002-04	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
AERTS y THORWARTH (2008)	Bélgica	2002-04 2004-06	Empresas manufactureras	Adicionalidad
BLOCH y GRAVERSEN (2008)	Dinamarca	1998-2005	Empresas manufactureras	Adicionalidad
GONZÁLEZ y PAZÓ (2008)	España	1990-99	Empresas manufactureras	Adicionalidad
HUSSINGER (2008)	Alemania	1992-2000	Empresas manufactureras	Adicionalidad
ÖZÇELİK y TAYMAZ (2008)	Turquía	1993-2001	Empresas manufactureras	Adicionalidad
WOLFF y REINTHALER (2008)	15 países OCDE	1981-2002	País	Adicionalidad
ASCHHOFF (2009)	Alemania	1994-2005	Empresas manufactureras y servicios	Adicionalidad
BÉRUBE y MOHNEN (2009)	Canadá	2005	Empresas manufactureras	Adicionalidad
HERRERA y MARTÍNEZ (2009)	España	1995-99	Empresas manufactureras	Contradictorios
CZARNITZKI <i>et al.</i> (2011)	Bélgica	1999-2007	Empresas manufactureras y servicios	Contradictorios

FUENTE: *Elaboración propia.*

Existen argumentos teóricos a favor, tanto de un efecto positivo, como de un efecto negativo de los subsidios públicos sobre la I+D empresarial. También suelen esgrimirse razones metodológicas para justificar la existencia de resultados contradictorios ⁶. En cualquier caso, resulta evidente

⁶ En primer lugar, normalmente los estudios consideran únicamente un año a la hora de analizar el efecto de las ayudas públicas en la I+D privada. En segundo lugar, existen disparidades en las medidas utilizadas de la I+D (por ejemplo, intensidad en I+D, que es la más común). En segundo lugar, se encuentran algunas deficiencias en los análisis econométricos, las cuales se están superando en los últimos años al proponerse nuevos enfoques metodológicos (AERTS y SCHMIDT, 2008). Además, existen importantes diferencias en los periodos de tiempo analizados y en el ámbito geográfico de los datos empleados. Si bien, hasta los años 90 del siglo pasado, la mayoría de estudios empíricos se referían a Estados Uni-

que el efecto que los subsidios públicos puedan ejercer sobre la inversión en I+D realizada por las empresas es un tema de indudable relevancia para los responsables políticos a la hora de gestionar fondos públicos. En caso de descubrir empíricamente la existencia de un efecto neto positivo o estimulador de los mismos se estaría justificando la intervención pública a través de la concesión de recursos financieros para la realización de actividades empresariales de I+D. En cambio, la identificación de un efecto neto negativo podría llegar a ser interpretado por la sociedad como una situación de despilfarro de recursos públicos por parte de los poderes públicos⁷. Dado que es deseable que los responsables políticos realicen una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos que manejan, sobre todo, en un contexto como el actual, de fuertes restricciones presupuestarias (el caso español resulta especialmente llamativo), resulta crucial conocer, a pesar de las dificultades que entraña, cuándo es más probable que los subsidios públicos pueden tener un efecto estimulador sobre la inversión en I+D realizada por las empresas.

4. ALGUNAS CUESTIONES CLAVE A CONSIDERAR EN LA CONCESIÓN DE SUBSIDIOS PÚBLICOS A LA I+D EMPRESARIAL

Tomando como referencia la revisión de la literatura llevada a cabo en la sección previa y el análisis realizado en el apartado 2, en esta sección se formula una serie de propuestas que pueden ser de interés a la hora de promover una utilización más eficiente de los subsidios públicos destinados a estimular la I+D empresarial. Como se expuso en la introducción, dichas propuestas tienen que ver con tres cuestiones cruciales. La primera de las cuestiones se refiere al papel que puede desempeñar el historial de las ayudas recibidas y cómo se produce el efecto de los subsidios a lo largo del tiempo, las restricciones financieras a las que pueden verse sometidas las empresas o el papel de las distintas agencias que conceden subsidios públicos. La segunda cuestión estaría relacionada con el papel que desempeña la cuantía de subsidio concedido a las empresas. La tercera cuestión se refiere al papel que los subsidios podrían desempeñar sobre los distintos componentes de la I+D.

4.1. Historial de ayudas de la empresa

Existe una idea prevalente en la literatura que indica que las ayudas proporcionadas a una empresa son relativamente persistentes a lo largo del tiempo, por lo que aquellas empresas cuya actividad de I+D se encuentra subsidiada en el pasado es más probable que sean subsidiadas de nuevo.

dos, a partir de dicha década, se han venido utilizando en mayor medida datos de otros países, básicamente de la UE y otros países desarrollados (p. ej. Alemania, Austria, Bélgica, China, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Israel, Japón, Holanda, Noruega o Suecia). Por último, existe una gran heterogeneidad en las industrias analizadas, sobre todo en lo relativo a su grado de innovación y en el hecho de que mayoritariamente se analizan sectores manufactureros, olvidando el sector servicios.

⁷ La existencia de un efecto neto positivo significaría que por 1 euro de dinero público que se invierte en actividades privadas de I+D, las empresas acaban incrementando en más de 1 euro su inversión en I+D. A la inversa, la existencia de un efecto neto negativo (reductor) implicaría que por 1 euro de dinero público destinado a actividades privadas de I+D, las empresas incrementarían en menos de 1 euro su inversión en I+D. Esto último supondría que las empresas podrían estar utilizando el dinero público para otra finalidad distinta de la inicialmente prevista.

No obstante, algunos autores como ASCHHOFF (2009) muestran que existen diversas fuerzas que pueden hacer que esta persistencia derive en adicionalidad o sustitución.

Aquellas empresas que en el pasado han conseguido con éxito ayudas públicas para sus proyectos de I+D pueden beneficiarse de su experiencia, aprendizaje y ventajas de información desarrollados a lo largo de las distintas solicitudes de ayudas. Tales ventajas suponen unos menores costes a la hora de completar la solicitud y mejores oportunidades, lo que se traduce en un incremento de la probabilidad de solicitar una ayuda con éxito. Todo ello hace que se espere que los proyectos de I+D de aquellas empresas que previamente han recibido fondos sean seleccionados con una mayor frecuencia, de manera independiente de la necesidad real de apoyo financiero por parte de las empresas.

El comportamiento del gobierno también puede favorecer aquellos proyectos de I+D de empresas que hayan recibido ayudas en el pasado por dos razones. Los gobiernos tienden a maximizar la tasa de éxito de los proyectos de I+D subsidiados. Ello conduce a que el gobierno otorgue preferencia a los proyectos de aquellas empresas que muestren unas capacidades innovadoras más sólidas de acuerdo a los requerimientos de las condiciones de la convocatoria pública. Sin embargo, en muchos casos, aquellos proyectos con un retorno esperado elevado serían totalmente financiados por las propias empresas o por inversores externos privados.

Por estas razones, aquellas empresas que han conseguido ayudas públicas para su actividad de I+D es más probable que se beneficien de fondos que les hagan reducir su riesgo y coste de financiar sus proyectos de I+D. En consecuencia, la probabilidad de que se produzca un efecto sustitución para aquellos receptores frecuentes de ayudas a la I+D se incrementa (ASCHHOFF, 2009; LÖÖF y HESMATI, 2005; WALLSTEN, 2000).

De manera contraria a los argumentos anteriores, una empresa puede solicitar de manera frecuente ayudas públicas como resultado de una política pública que priorice aquellos proyectos más arriesgados pero más prometedores y que no se desarrollarían en ausencia de financiación pública. Además, la duración de los subsidios puede ser inferior a la duración de un proyecto de I+D, por lo que aquellas empresas que ya han recibido ayudas para un determinado proyecto pueden solicitar nuevas ayudas para seguir financiando el mismo proyecto. Esto no supondría un efecto sustitución aunque se mantuviera la financiación para un mismo proyecto a lo largo del tiempo. De ahí que, bajo estas circunstancias, se produciría un efecto adicional o de estimulación de la actividad de I+D privada (ASCHHOFF, 2009; BLOCH y GRAVERSEN, 2008; DUGUET, 2004; HUSSINGER, 2008).

4.2. Efecto de los subsidios a lo largo del tiempo

Debido a su naturaleza intrínseca, las inversiones en I+D tardan tiempo en implementarse, por lo que el efecto completo de una ayuda pública a la I+D puede encontrarse distribuido a lo largo del tiempo. Sin embargo, este efecto no ha sido analizado empíricamente de manera extensiva en la literatura económica. En este sentido, en los contados estudios que han analizado esta cuestión se han identificado efectos significativos de las ayudas públicas sobre la inversión en I+D en una ventana que va del año a los 3 años.

La clara conclusión que puede extraerse de algunos estudios es que el efecto de las ayudas sobre las actividades de I+D puede durar más que el periodo durante el cual se concede el subsidio (KLETTE y MØEN, 1998; LACH, 2002; CERULLI, 2010). De ahí que recibir financiación pública mediante subsidios a la I+D en un año pueda impulsar inversiones privadas adicionales en I+D durante los años siguientes.

Es posible identificar dos efectos a largo plazo de la financiación pública sobre la inversión privada en I+D. En primer lugar, las empresas se pueden beneficiar del nuevo conocimiento científico y de ingeniería resultado de las actividades públicas de I+D, lo que mejora las oportunidades tecnológicas y como consecuencia la capacidad innovadora. En segundo lugar, la disponibilidad de personal científico cualificado que puede contratar las empresas se ve incrementado gracias a las iniciativas públicas de I+D.

Otra importante razón por la que el efecto de las ayudas no es exclusivamente instantáneo y puede distribuirse durante varios años es la existencia de lo que se denomina «costes de ajuste», que se pueden asociar a las actividades de I+D. Este tipo de actividades son complejas de implementar y requieren manejar nuevos recursos o reasignar los existentes, tales como personal cualificado. Si el nivel óptimo de inversión en I+D es tal que precisa de una reorganización sustancial dentro de la empresa, los costes de la empresa pueden ser muy superiores que si la empresa distribuyera los cambios necesarios a lo largo de un periodo de tiempo. Además de las razones tecnológicas, los costes de ajuste pueden incrementarse por la existencia de imperfecciones de mercado. La principal consecuencia de los costes de ajuste es que, en general, la empresa requerirá de varios años para alcanzar su objetivo de inversión en I+D. De ahí que la respuesta de la inversión en I+D de la empresa a las ayudas públicas puede que no sea instantánea sino que se encuentre distribuida a lo largo de un periodo de tiempo.

4.3. Restricciones financieras de la empresa

Las restricciones financieras debidas a imperfecciones de mercado han sido esgrimidas como una de las razones principales que justifica la intervención pública en la inversión privada en I+D (ARROW, 1962; HALL, 1992, 2002; UGHETTO, 2008; TAKALO y TANAYAMA, 2010). Son muchos los estudios empíricos que muestran que los proyectos privados de I+D son financiados en su mayoría mediante fondos internos (BROWN *et al.*, 2008; HALL, 1992; HAO y JAFFE, 1993; HIMMELBERG y PETERSEN, 1994; UGHETTO, 2008). Existen diversas razones tras la posible escasez en la financiación externa de los proyectos de I+D, las cuales tienen que ver con la gran incertidumbre en relación con su éxito y sus potenciales beneficios (CARPENTERY PETERSEN, 2002; CZARNITZKI *et al.*, 2011; UGHETTO, 2008), así como la naturaleza estratégica de la I+D, lo que puede disuadir a los directivos de revelar las características de sus proyectos de I+D con el fin de evitar que sean descubiertas por sus competidores (BHATTACHARYA y RITTER, 1985; CZARNITZKI *et al.*, 2011; SCELLATO, 2007; UGHETTO, 2008). Tales situaciones originan asimetrías informativas, que ocasionan problemas de selección adversa y riesgo moral (JENSEN y MECKLING, 1976; STIGLITZ y WEISS, 1981), lo que puede disuadir a los inversores externos, para los que sus valoraciones de los retornos esperados pueden ser menos fiables que las valoraciones realizadas internamente (CZARNITZKI *et al.*, 2011; CZARNITZKI y HOTTENROTT, 2010; TAKALO y TANAYAMA, 2010; UGHETTO, 2008). Además, la naturaleza intangible de la I+D dificulta

el uso de avales por parte de las empresas innovadoras que aseguren su deuda (BERGER y UDELL, 1990; BESTER, 1985; HUBBARD, 1998; MOČNIK, 2001; UGHETTO, 2008).

Tales circunstancias pueden generar un mayor coste de las fuentes financieras externas debido al requerimiento de una prima de riesgo, o incluso la posibilidad de un menor volumen de financiación. Como consecuencia, las empresas se verán conducidas a dar mayor peso a los fondos internos a la hora de financiar sus proyectos de I+D, lo que hace muy sensibles sus decisiones de I+D a su disponibilidad de liquidez interna. Esto puede llevar a que una carencia de fondos internos podría llevar a desechar proyectos que bajo otras circunstancias financieras más favorables serían llevados a cabo.

En este contexto, las ayudas públicas a los proyectos empresariales de I+D aparecen como un instrumento de política económica llamado a paliar el efecto negativo de las restricciones financieras sobre las actividades de I+D (WREN, 1994; BLANES y BUSOM, 2000; HYYTINEN y TOIVANEN, 2005). Este efecto puede ser más acusado en empresas pequeñas y jóvenes, para las que las restricciones de liquidez pueden ser todavía más severas.

4.4. Diversidad de las fuentes de la ayuda pública

En la mayor parte de países, incluida España, existen distintas agencias que conceden ayudas públicas a la I+D realizada por las empresas. En particular, en la UE coexisten programas de ayudas supranacionales, nacionales y regionales. En este sentido, la inversión en I+D de las empresas puede verse afectada por las características de la fuente de financiación pública (o agencia pública) de que se trate. Algunos expertos recomiendan analizar los criterios para las ayudas establecidos por las diferentes agencias públicas y construir taxonomías para valorar cómo los diferentes requerimientos y criterios de concesión pueden estimular o sustituir la inversión empresarial en I+D (DAVID *et al.*, 2000; KLETTE *et al.*, 2000). La propia fuente de financiación pública de que se trate puede estimular o sustituir los esfuerzos privados en I+D (CLAUSEN, 2007), ejerciendo un efecto contrario al de otra fuente de financiación pública.

Incluso en el poco probable caso de que los requerimientos y condiciones no difirieran entre las agencias públicas y asumiendo también unos bajos costes de realizar una solicitud, sería de esperar que una empresa que solicite la ayuda de una agencia puede también solicitar a otras agencias ayudas para financiar el mismo proyecto de I+D (BLANES y BUSOM, 2004), de manera que finalmente una empresa pueda conseguir fondos de múltiples agencias para financiar tal proyecto. En tales situaciones, los subsidios públicos es más probable que sustituyan la inversión privada en I+D. Una empresa en tal situación puede disfrutar de recursos excedentarios para financiar un determinado proyecto, especialmente si el proyecto es relativamente pequeño, que pueden ser desviados hacia proyectos que no han percibido tal ayuda. Obviamente, es posible que en otro caso se produzca la situación inversa, que una empresa cuente con un proyecto relativamente grande y con un elevado riesgo que requiriera de financiación proveniente de múltiples agencias públicas. En tal caso, se generaría un efecto complementario derivado de la suma de los subsidios recibidos de las distintas agencias para financiar tal proyecto de I+D.

4.5. Cuantía de la ayuda pública

La cantidad de subsidio público recibido por las empresas suele diferir bastante de unas a otras. Algunos estudios encuentran una relación no lineal entre ayudas públicas e I+D financiada de manera privada (GUELLEC y POTTELSBERGHE, 2000; ZHU *et al.*, 2006; GÖRG y STROBL, 2007). Esto significa que el efecto del subsidio ejerce un efecto adicional para cantidades de subsidio relativamente bajas y a partir de determinado nivel el efecto se convierte en sustitución.

Existe una cantidad mínima de subsidio para que este ejerza efecto sobre la I+D de la empresa, aunque el efecto también dependerá del tamaño del proyecto (ASCHHOFF, 2009). Grandes proyectos pueden ser más dependientes de la provisión de dinero público, mientras que las empresas pueden estar más dispuestas a soportar ellas de manera individual el riesgo de un proyecto de menor tamaño. De ahí que para una cantidad de subsidio dada, cuanto mayor sea el proyecto, mayor será la probabilidad de que se produzca un efecto de adicionalidad. Sin embargo, cabe esperar que las actividades de I+D sean inelásticas más allá de un determinado grado. Los recursos y capacidades de la empresa restringen la escala de su actividad y negocios en los que está presente, lo que incluye también sus actividades de I+D. Si una empresa recibe más subsidios para llevar a cabo un proyecto de gran tamaño, de manera que se vea obligada a utilizar sus recursos disponibles a su máxima capacidad, la empresa puede reasignar fondos de I+D de otros proyectos al de mayor tamaño, lo que puede hacer que se pospongan o se abandonen otros proyectos. Por lo tanto, es posible que el efecto sustitución se incremente con el tamaño del subsidio.

4.6. Componentes de la I+D

Existe un amplio acuerdo respecto al hecho de que las actividades de I+D son muy diferentes en sus características e implicaciones. En particular, la incertidumbre y carácter intangible caracteriza en mayor medida a la investigación que al desarrollo, además de una mayor orientación a largo plazo, con todas las implicaciones que ello conlleva. Así, la incertidumbre y carácter intangible de la I+D (especialmente de la investigación básica) impiden su total apropiación por parte de las empresas que la desarrollan. De ahí que una inversión por debajo del óptimo deseable es más probable en el caso de la investigación que en el del desarrollo, ya que los retornos asociados con la primera suelen ser más difíciles de apropiar (NELSON, 1959; ARROW, 1962).

En este sentido, las ayudas públicas pueden reducir el «gap» entre beneficios sociales y privados, potenciando los proyectos de investigación de las empresas privadas (CLAUSEN, 2007; CZARNITZKI *et al.*, 2009). Al contrario, los proyectos de desarrollo se encuentran mucho más próximos al mercado y por lo tanto más cerca de la resolución de problemas específicos de la empresa (CLAUSEN, 2007). Además, normalmente tales proyectos cuentan con objetivos comerciales específicos (y por lo tanto tangibles), lo que hace que la empresa cuente con sus propios incentivos para desarrollar sus propios proyectos de desarrollo en la medida en que se puede apropiar de sus retornos (AERTS y THORWARTH, 2008). En consecuencia, el tradicional argumento de fallo de mercado (ARROW, 1962; STIGLITZ, 1988) para justificar las ayudas públicas es mucho más débil en el caso de proyectos de desarrollo que en los de investigación básica.

5. CONCLUSIONES: ALGUNAS PROPUESTAS PARA EL DEBATE

En este trabajo se ha analizado el papel que las ayudas públicas y, más específicamente, los subsidios públicos, pueden ejercer sobre la inversión empresarial en I+D. Existe un acuerdo prácticamente unánime entre académicos y poderes públicos acerca de la conveniencia de proporcionar ayudas públicas a las empresas que realizan proyectos de I+D. El argumento basado en la existencia de determinados fallos del mercado justificaría la intervención pública, ya que sin ella no se podría alcanzar el nivel que sería deseable desde el punto de vista del bienestar social.

Se han presentado numerosos datos recopilados de diversas fuentes que proporcionan un punto de partida para el análisis de la situación en materia de inversión en I+D en España respecto a los países de su entorno. España ha realizado un esfuerzo notable en materia de I+D durante la última década, pero dicho esfuerzo parece todavía a todas luces insuficiente. Además, dicho esfuerzo no ha servido para hacer frente al atraso que tradicionalmente ha exhibido la economía española respecto a las economías más competitivas y avanzadas del mundo. Por tanto, si el objetivo de cara al futuro inmediato es intentar pasar de un modelo productivo más intensivo en trabajo a otro más intensivo en innovación para conseguir ser una economía cada vez más competitiva, se puede afirmar que todavía queda un largo camino por recorrer para lograrlo. En este punto, los poderes públicos podrían convertirse en serios impulsores hacia la consecución de dicho objetivo. Esto será más probable que se consiga mediante el diseño de instrumentos apropiados que estimulen la inversión empresarial en I+D con el fin de conseguir generar los resultados esperados en términos de aumento del bienestar social.

A partir de las líneas anteriores estamos en disposición de sugerir una serie de propuestas que lanzamos para la reflexión y el debate:

- Cuando el gobierno se encuentra en el proceso de selección del tipo de empresas a las que financiar habría que plantearse si se debe poner especial atención a aquellos proyectos de empresas que con frecuencia reciben ayudas públicas a la I+D. Dado que tales empresas normalmente tienen una gran experiencia en realizar actividades innovadoras con la ayuda de subsidios públicos en el pasado, es razonable pensar que también puedan hacer un buen uso de los fondos públicos en el futuro. Sin embargo, los poderes públicos no deberían obviar aquellos proyectos de I+D de empresas que participan por primera vez en programas públicos de I+D. Si estas empresas no reciben ayudas públicas a la I+D, es probable que se encuentren en una situación de desventaja para llevar a cabo actividades de innovación. Las ayudas públicas a la I+D para estas empresas pueden jugar un papel crítico cuando se trata de poner en marcha actividades de innovación. En todo caso, cabe plantearse resolver esta aparente contradicción explorando el efecto de las ayudas públicas sobre las variables de resultados más importantes de las empresas (como, por ejemplo, rentabilidad, productividad o número y variedad de innovaciones de producto y proceso). Sin duda, estos aspectos deben tenerse también en cuenta cuando se considera la validez de otros argumentos discutidos en el trabajo.
- Sería preciso evaluar la efectividad de los programas de I+D en el largo plazo y no solo sus efectos inmediatos o en el corto plazo. Evidentemente, esto puede ser importante si las agencias públicas deciden continuar proporcionando nuevos subsidios a las mismas empre-

sas para proyectos similares en el futuro. Las agencias públicas deberían ser conscientes de este hecho cuando tales empresas traten de justificar su necesidad de solicitar nuevos subsidios sobre la base de que sus proyectos no han sido completados en el corto plazo. No obstante, resulta evidente la dificultad de valorar de manera precisa los resultados de la evaluación, máxime cuando se plantea vincular causa y efecto en el medio o largo plazo.

- En el caso de aquellas empresas que estén sufriendo restricciones financieras, las ayudas públicas pueden contribuir de manera significativa a aliviar tales problemas. La ayuda pública, mediante subsidios, puede ser particularmente importante en situaciones de crisis económica en la que las empresas normalmente sufren de serias restricciones de acceso a financiación para sus actividades que, por otra parte, resultan imprescindibles para seguir manteniendo su competitividad en los mercados en los que actúan.
- Sería deseable a todas luces potenciar la coordinación entre los programas de ayuda pública a la I+D de las distintas agencias que puedan tener como beneficiarias al mismo colectivo de empresas. Con ello se podría conseguir maximizar su eficacia y evitar duplicidades, lo que intensificaría su efecto sobre el beneficio de la sociedad.
- Los subsidios a la I+D proporcionados por el gobierno quizás deberían tener un límite. De esta forma, la cuestión clave a la que se enfrentarían los poderes públicos sería la concerniente a determinar cuál es la cantidad óptima de subsidio a otorgar a cada empresa o sector. Obviamente, esta no es una labor trivial, pero lo que parece fuera de toda duda es que la concesión de una cantidad excesiva o insuficiente puede redundar en importantes ineficiencias y, en último término, en una utilización deficiente de los fondos públicos. Respecto a esta cuestión se podrían considerar algunas de las ideas que se han vertido sobre estas líneas.
- En último término, se ha argumentado que el efecto adicional es menos importante en el caso de la investigación vinculada a las actividades de desarrollo. El gobierno debería considerar poner especial atención en aquellos proyectos de investigación básica, incluso si tales proyectos reciben puntuaciones inferiores en los procesos de evaluación que lleva a cabo. Por supuesto, esto no significa que la ayuda pública deba olvidarse por completo de los proyectos de desarrollo. La ejecución de tales proyectos, más orientados a alcanzar objetivos comerciales específicos, puede ser muy importante cuando, por ejemplo, los objetivos de las agencias públicas sean atraer empresas hacia una determinada área geográfica, o potenciar mejoras tecnológicas en empresas de particular importancia (en términos de creación de empleo) para una determinada región o país.

Confiamos en que estas propuestas puedan contribuir al debate abierto en torno al papel que juegan los subsidios públicos en el estímulo de la I+D empresarial. Con ello se trataría de ayudar a articular los instrumentos que permitieran optimizar el uso de los recursos públicos destinados a apoyar la I+D empresarial, especialmente en momentos como el actual de severas restricciones presupuestarias. Asimismo, tales propuestas pueden ser tomadas en consideración por parte de los directivos de las empresas solicitantes de ayudas a la I+D, a la hora de maximizar su éxito en el proceso y además poder optimizar el uso de las ayudas públicas a su I+D.

Bibliografía

- AERTS, K. y CZARNITZKI, D. [2004]: «Using innovation survey data to evaluate R&D policy: the case of Belgium», *ZEW Discussion Paper*, n.º 04-55, Mannheim.
- [2006]: «The impact of public R&D funding in Flanders», *IWT-Studies*, n.º 54, Bruselas.
- AERTS, K. y SCHMIDT, T. [2008]: «Two for the price of one? Additionality effects of R&D subsidies: a comparison between Flanders and Germany», *Research Policy*, 37 (5), págs. 806-822.
- AERTS, K. y THORWARTH, S. [2008]: «Additionality effects of public R&D funding: 'R' versus 'D'», *FBE Research Report MSI*, n.º 0811, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica.
- ALI-YRKKÖ, J. [2005]: «Impact of public R&D financing on private R&D. Does financial constraint matter?», *Working Paper*, n.º 30, ENEPRI, Bruselas.
- ALMUS, M. y CZARNITZKI, D. [2003]: «The effects of public R&D subsidies on firm's innovation activities. The case of Eastern Germany», *Journal of Business & Economic Statistics*, 21 (2), págs. 226-236.
- ANTONELLI, C. [1989]: «A failure-inducement model of research and development expenditure», *Journal of Economic Behavior and Organization*, 12 (2), págs. 159-180.
- ARROW, K.J. [1962]: «Economic welfare and the allocation of resources to invention», en NELSON, R.R. (ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, (págs. 609-625), Princeton University Press.
- ASCHHOFF, B. [2009]: «The effect of subsidies on R&D investment and success. Do subsidy history and size matter?», *ZEW Discussion Paper*, n.º 032, Mannheim.
- BENTZEN, J. y SMITH, V. [1999]: «An empirical analysis of R&D expenditure in the Nordic countries», *IAES Meeting*, Montreal, octubre.
- BERGER, A.N. y UDELL, G.F. [1990]: «Collateral, loan quality and bank risk», *Journal of Monetary Economics*, 25 (1), págs. 21-42.
- BERUBÉ, C. y MOHNEN, P. [2009]: «Are firms that receive R&D subsidies more innovative?», *Canadian Journal of Economics*, 42 (1), págs. 206-225.
- BESTER, H. [1985]: «Screening versus rationing in credit markets with imperfect information», *American Economic Review*, 75 (4), págs. 850-855.
- BHATTACHARYA, S. y RITTER, J. [1983]: «Innovation and communications: signalling with partial disclosure», *Review of Economic Studies*, 50 (2), págs. 331-46.
- BLANES, J.V. y BUSOM, I. [2004]: «Who participates in R&D subsidy programs? The case of Spanish manufacturing firms», *Research Policy*, 33 (10), págs. 1.459-1.476.
- BLANK, D.M. y STIGLER, G.J. [1957]: *The Demand and Supply of Scientific Personnel*, Nueva York: National Bureau of Economic Research.
- BLOCH, C. y GRAVERSEN, E.K. [2008]: «Additionality of public R&D funding in business R&D», *Working Paper*, n.º 5. The Danish Center for Studies in Research and Research Policy, Universidad de Aarhus, Dinamarca.
- BROUWER, E. y KLEINKNECHT, A. [1999]: «Keynes-plus? Effective demand and changes in firm-level R&D: an empirical note», *Cambridge Journal of Economics*, 23 (3), págs. 385-391.
- BROWN, J.R.; FAZZARI, S.M. y PETERSEN, B.C. [2008]: «Financing innovation and growth: cash flow, external equity and the 1990s R&D boom», *Journal of Finance*, 64 (1), págs. 151-185.

- BUSOM, I. [2000]: «An empirical evaluation of R&D subsidies», *Economics of Innovation and New Technology*, 9 (2), págs. 111-148.
- BUXTON, A. [1975]: «The process of technical change in UK manufacturing», *Applied Economics*, 7 (1), págs. 53-71.
- CALLEJÓN, M. y GARCÍA-QUEVEDO, J.G. [2002]: «Las ayudas públicas a la I+D empresarial. Un análisis sectorial», *Document de Treball*, n.º 6. Institut d'Economia de Barcelona. Barcelona.
- CAPRON, H. y VAN POTTELSBERGHE, B. [1997]: «Public support to business R&D: a survey and some new quantitative evidence», en OECD, *Policy Evaluation in Innovation and Technology. Towards Best Practices* (págs. 171-187). París.
- CARMICHAEL, J. [1981]: «The effects of mission-oriented public R&D spending on private industry», *Journal of Finance*, 36 (3), págs. 617-627.
- CARPENTER, R. y PETERSEN, B. [2002]: «Capital market imperfections, high-tech investment and new equity financing», *Economic Journal*, 112 (447), págs. 54-72.
- CERULLI, G. [2010]: «Modelling and measuring the effect of public subsidies on business R&D: a critical review of the econometric literature», *The Economic Record*, 86 (274), págs. 421-449.
- CLAUSEN, T.H. [2007]: «Do subsidies have positive impacts on R&D and innovation activities at the firm level?» *Working Paper*, 2007/0615, Centre for Technology, Innovation and Culture, Universidad de Oslo, Oslo.
- Comisión Europea [2008]: *The 2008 EU Industrial R&D Investment SCOREBOARD*, Joint Research Centre. Luxemburgo.
- [2009]: *The 2009 EU Industrial R&D Investment SCOREBOARD*, Joint Research Centre. Luxemburgo.
 - [2010]: *The 2010 EU Industrial R&D Investment SCOREBOARD*, Joint Research Centre. Luxemburgo.
- COTEC [2011]: Informe COTEC 2011. Madrid.
- CZARNITZKI, D.; EBERSBERGER, B. y FIER, A. [2007]: «The relationship between R&D collaboration, subsidies and R&D performance: empirical evidence from Finland and Germany», *Journal of Applied Econometrics*, 22 (7), págs. 1.347-1.366.
- CZARNITZKI, D. y FIER, A. [2002]: «Do innovation subsidies crowd out private investment? Evidence from the German service sector», *Applied Economics Quarterly*, 48 (1), págs. 1-25.
- CZARNITZKI, D. y HOTTENROTT, H. [2010]: «Financing constraints for industrial innovation: what do we know?», *Working Paper*, OR 1004, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica.
- CZARNITZKI, D.; HOTTENROTT, H. y THORWARTH, S. [2011]: «Industrial research versus development investment: the implications of financial constraints», *Cambridge Journal of Economics*, 35 (3), págs. 527-544.
- CZARNITZKI, D. y HUSSINGER, K. [2004]: «The link between R&D subsidies, R&D spending and technological performance», *ZEW Discussion Paper*, n.º 056, Mannheim.
- CZARNITZKI, D.; KRAFT, K. y THORWARTH, S. [2009]: «The knowledge production of 'R' and 'D'», *Economic Letters*, 105 (1), págs. 141-143.
- CZARNITZKI, D. y LICHT, G. [2006]: «Additionality of public R&D grants in a transition economy. The case of Eastern Germany», *Economics of Transition*, 14 (1), págs. 101-131.
- CZARNITZKI, D. y TOOLE, A.A. [2007]: «Business R&D and the interplay of R&D subsidies and product market uncertainty», *Review of Industrial Organization*, 31 (3), págs. 169-181.
- DAVID, P.A.; HALL, B.H. y TOOLE, A.A. [2000]: «Is public R&D a complement or substitute for private R&D? A review of econometric evidence», *Research Policy*, 29 (4-5), págs. 497-529.
- DIAMOND, A.M. [1999]: «Does federal funding "crowd in" private funding of science», *Contemporary Economic Policy*, 17 (4), págs. 423-431.

- DUGUET, E. [2004]: «Are R&D subsidies a substitute or a complement to privately funded R&D? Evidence from France using propensity score methods for non-experimental data», *Revue d'EconomiePolitique*, 114 (2), págs. 263-292.
- EBERSBERGER, B. [2005]: *The Impact of Public R&D Funding*, Vuorimiehentie: VTT Publications.
- EGLN, J.; LICHT, G. y STEIL, F. [1997]: «Firm foundations and the role of financial constraints», *Small Business Economics*, 9 (2), págs. 137-150.
- EUROSTAT [2012]: *Portal de las Estadísticas Europeas* (<http://epp.eurostat.ec.europa.eu>). Comisión Europea.
- FALK, R. [2004]: «Behavioural additionality effects of R&D subsidies: empirical evidence from Austria», *TIP Working Paper*, Viena.
- Foro Económico Mundial [2008]: *The Global Competitiveness Report 2008-2009*, Ginebra.
- [2009]: *The Global Competitiveness Report 2009-2010*, Ginebra.
 - [2010]: *The Global Competitiveness Report 2010-2011*, Ginebra.
- GANNICOTT, K. [1984]: «The determinants of industrial R&D in Australia», *The Economic Record*, 60 (3), págs. 231-235.
- GLOBERMAN, S. [1973]: «Market structure and R&D in Canadian manufacturing industries», *Quarterly Review of Economics and Business*, 13 (1), 59-68.
- GOLBERG, L. [1979]: «The influence of federal R&D funding on the demand for and returns to industrial R&D», *Working Paper CRC-388*, The Public Research Institute.
- GONZÁLEZ, X.; JAUMANDREU, J. y PAZÓ, C. [2005]: «Barriers to innovation and subsidy effectiveness», *RAND Journal of Economics*, 36 (4), 930-950.
- GONZÁLEZ, X. y PAZÓ, C. [2008]: «Do public subsidies stimulate private R&D spending?», *Research Policy*, 37 (3), págs. 371-389.
- GOOLSBEE, A. [1998]: «Does government R&D policy mainly benefit scientists and engineers?», *American Economic Review*, 88 (2), págs. 298-302.
- GÖRG, H. y STROBL, E. [2007]: The effect of R&D subsidies on private R&D. *Economica*, 74 (294), págs. 215-234.
- GRILICHES, Z. [1986]: «Productivity, R&D, and the basic research at the firm level in the 1970's», *American Economic Review*, 76 (1), págs. 141-54.
- GUELLEC, D. y VAN POTTELSBERGHE, B. [2000]: «The impact of public expenditure on business R&D», *STI Working Papers*, 2000/4, OCDE, París.
- [2003]: «The impact of public R&D expenditure on business R&D», *Economics of Innovation and New Technologies*, 12 (3), págs. 225-244.
- HALL, B.H. [1992]: «Investment and research and development at the firm level: does the source of financing matter?», *NBER Working Paper*, n.º 4096, Cambridge.
- [2002]: «The financing of research and development», *Oxford Review of Economic Policy* 18 (1), págs. 35-51.
- HALL, B.H. y VAN REENEN, J. [2000]: «How effective are fiscal incentives for R&D? A review of the evidence», *Research Policy*, 29 (4-5), págs. 449-470.
- HAMBERG, D. [1966]: *Essays on the Economics of Research and Development*. Nueva York: Random House.
- HAO, K.Y. y JAFFE, A.B. [1993]: «Effect of liquidity on firm's R&D spending», *Economics of Innovation and New Technology*, 2 (4), págs. 275-82.
- HERRERA, L. y HEIJIS, J. [2006]: «Difusión y adicionalidad de las ayudas públicas a la innovación», *Revista de Economía Aplicada*, 14 (41), págs. 45-65.

- HERRERA, L. y MARTÍNEZ, A. [2009]: «¿La I+D pública complementa o sustituye la I+D privada? Un análisis de la industria manufacturera española», *XIX Congreso Nacional de ACEDE*.
- HIGGINS, R.S. y LINK, A.N. [1981]: «Federal support of technological growth in industry: some evidence of crowding out», *IEEE Transactions on Engineering Management*, 28, págs. 86-88.
- HIMMELBERG, C.P. y PETERSEN, B.C. [1994]: «R&D and internal finance: a panel study of small firms in high-tech industries», *Review of Economics and Statistics*, 76 (1), págs. 38-51.
- HOLEMANS, B. y SLEUWAEGEN, L. [1988]: «Innovation expenditures and the role of government in Belgium», *Research Policy*, 17 (6), págs. 375-379.
- HOWE, J.D. y MCFETRIDGE, D.G. [1976]: «The determinants of R&D expenditures», *Canadian Journal of Economics*, 9 (1), págs. 57-71.
- HUBBARD, G. [1998]: «Capital market imperfections and investment», *Journal of Economic Literature*, 36 (1), págs. 193-225.
- HUSSINGER, K. [2008]: «R&D and subsidies at the firm level: an application of parametric and semiparametric two-step selection models», *Journal of Applied Econometrics*, 23 (6), págs. 729-747.
- HYTTINEN, A. y TOIVANEN, O. [2005]: «Do financial constraints hold back innovation and growth? Evidence on the role of public policy», *Research Policy*, 34 (9), págs. 1.385-1.403.
- JANZ, N.; LÖÖF, H. y PETERS, B. [2003]: «Firm level innovation and productivity— Is there a common story across countries?», *ZEW Discussion Paper*, n.º 03-26, Mannheim.
- JENSEN, M. y MECKLING, W. [1976]: «Theory of the firm, managerial behavior, agency costs and ownership structure», *Journal of Financial Economics*, 5 (4), págs. 305-60.
- KAISER, U. [2004]: «Private R&D and public R&D subsidies: microeconomic evidence from Denmark», *CEBR Discussion Paper*, 2004-19, Dinamarca.
- KLETTE, T.J. y MØEN, J. [1998]: *R&D Investment Responses to R&D Subsidies: A Theoretical Analysis and a Microeconomic Study*, NBER, julio.
- KLETTE, T.J.; MØEN, J. y GRILICHES, Z. [2000]: «Do subsidies to commercial R&D reduce market failures? Microeconomic evaluation studies», *Research Policy*, 29 (4-5), págs. 471-495.
- KOGA, T. [2005]: «R&D subsidy and self-financed R&D: the case of Japanese high-technology start-ups», *Small Business Economics*, 24 (1), págs. 53-62.
- LACH, S. [2002]: «Do R&D subsidies stimulate or displace private R&D? Evidence from Israel», *Journal of Industrial Economics*, 50 (4), págs. 369-390.
- LEVIN, R.C. y REISS, P.C. [1984]: «Tests of a Schumpeterian model of R&D and market structure», en GRILICHES Z. (ed.) *R&D, Patents, and Productivity* (págs. 175-208), Chicago: University of Chicago Press.
- LEVY, D.M. [1990]: «Estimating the impact of government R&D», *Economic Letters*, 32 (2), págs. 169-173.
- LEVY, D.M. y TERLECKYJ, N.E. [1983]: «Effects of government R&D on private R&D investment and productivity: a macroeconomic analysis», *Bell Journal of Economics*, 14 (2), págs. 551-561.
- LEYDEN, D.P. y LINK, A.L. [1991]: «Why are governmental R&D and private R&D complements?», *Applied Economics*, 23 (10), págs. 1.673-1.681.
- LEYDEN, D.P.; LINK, A.L. y BOZEMAN, B. [1989]: «The effects of governmental financing on firm's R&D activities: a theoretical and empirical investigation», *Technovation*, 9 (7), págs. 561-575.
- LICHTENBERG, F.R. [1984]: «The relationship between federal contract R&D and company R&D», *American Economic Review*, 74 (2), págs. 73-78.
- [1987]: «The effect of government funding on private industrial research and development: a re-assessment», *Journal of Industrial Economics*, 36 (1), págs. 97-104.

- [1988]: «The private R&D investment response to federal design and technical competitions», *American Economic Review*, 78 (1), págs. 550-559.
- LINK, A.N. [1982]: «An analysis of the composition of R&D spending», *Southern Economic Journal*, 49 (2), págs. 342-349.
- LÖÖF, H. y HESHMATI, A. [2005]: «The impact of public funding on private R&D investment: new evidence from a firm level innovation study», *CESIS Electronic Working Paper Series*, Paper n.º 06, Estocolmo.
- MAMUNEAS, T.P. y NADIRI, M.I. [1996]: «Public R&D policies and cost behavior of the US manufacturing industries», *Journal of Public Economics*, 63 (1), págs. 57-81.
- MANSFIELD, E. y SWITZER, L. [1984]: «Effects of federal support on company-financed R and D: the case of energy», *Management Science*, 30 (5), págs. 562-571.
- MEEUSEN, W. y JANSSENS, W. [2001]: «Substitution versus additionality: econometric evaluation by means of micro-economic data of the efficacy and efficiency of R&D subsidies to firms in the Flemish region», *CESIT Discussion paper*, n.º 2001/01, Universidad de Antwerp.
- MOČNIK, D. [2001]: «Asset specificity and a firm's borrowing ability: an empirical analysis of manufacturing firms», *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 45 (1), págs. 69-81.
- NELSON, R.R. [1959]: «The simple economics of basic scientific research», *Journal of Political Economy*, 67, págs. 297-306.
- ÖZÇELİK, E. y TAYMAZ, E. [2008]: «R&D support programs in developing countries: the Turkish experience», *Research Policy*, 37 (2), págs. 258-275.
- ROBSON, M. [1993]: «Federal funding and the level of private expenditure on basic research», *Southern Economic Journal*, 60 (1), págs. 63-71.
- ROSENBERG, J.B. [1976]: «Research and market share: a reappraisal of the Schumpeter hypothesis», *Journal of Industrial Economics*, 25 (2), págs. 101-112.
- SCELLATO, G. [2007]: «Patents, firm size and financial constraints: an empirical analysis for a panel of Italian manufacturing firms», *Cambridge Journal of Economics*, 31 (1), págs. 55-76.
- SCOTT, J. [1984]: «Firm versus industry variability in R&D intensity», en GRILICHES, Z. (ed.) *R&D, Patents and Productivity*, Chicago: University of Chicago Press.
- SHRIEVES, R.E. [1978]: «Market structure and innovation: a new perspective», *Journal of Industrial Economics*, 26 (4), págs. 329-347.
- SØRENSEN, A.; KONGSTED, H.C. y MARCUSSEN, M. [2003]: «R&D, public innovation policy, and productivity: the case of Danish manufacturing», *Economics of Innovation and New Technology*, 12 (2), págs. 163-178.
- STIGLITZ, J. [1988]: *Economics of the Public Sector*, W.W. Norton and Company: Nueva York.
- STIGLITZ, J. y WEISS, A. [1981]: «Credit rationing in markets with imperfect information», *American Economic Review*, 71 (3), págs. 393-410.
- STREICHER, G.; SCHIBANY, A. y GRETZMACHER, N. [2004]: «Input additionality effects of R&D subsidies in Austria», *TIP Working Paper*, 04-03, Viena.
- SUETENS, S. [2002]: «R&D subsidies and production effects of R&D personnel: evidence from the Flemish region», *CESIT Discussion Paper*, 2002/03, Universidad de Antwerp.
- TAKALO, T. y TANAYAMA, T. [2010]: «Adverse selection and financing of innovation: is there a need for R&D subsidies?», *Journal of Technology Transfer*, 35 (1), págs. 16-41.
- TERLECKYJ, N.E. [1985]: «Measuring economic effects of federal research and development expenditures, recent history with special emphasis on federal R&D performed in industry», *Workshop on the Federal Role in Research and Development*. National Academies of Science and Engineering. Washington, DC.

- TOIVANEN, O. y NIININEN, P. [1998]: «Investment, R&D, subsidies and credit constraints», *Working Paper*, n.º W-264, Helsinki School of Economics, Helsinki.
- VON TUNZELMANN, N. y MARTIN, B. [1998]: «Public vs. private funding of R&D and rates of growth: 1963-1995», *Working Paper*, Science Policy Research Unit (SPRU), Universidad de Sussex.
- UGHETTO, E. [2008]: «Does financial finance matter for R&D? New evidence from a panel of Italian firms», *Cambridge Journal of Economics*, 32 (6), págs. 907-925.
- WALLSTEN, S.J. [2000]: «The effects of government-industry R&D programs on private R&D: the case of the small business innovation research program», *RAND Journal of Economics*, 31 (1), págs. 82-100.
- WOLFF, G.B. y REINTHALER, V. [2008]: «The effectiveness of subsidies revisited: Accounting for wage and employment effects in business R&D», *Research Policy*, 37 (8), págs. 1.403-1.412.
- WREN, C. [1994]: «The build-up and duration of subsidy-induced employment: evidence from UK», *Journal of Regional Science*, 34 (3), págs. 387-410.
- WU, Y. [2005]: «The effects of state R&D tax credits in stimulating private R&D expenditure: a cross-state empirical analysis», *Journal of Policy Analysis and Management*, 24 (4), págs. 785-802.
- ZHU, P.; XU, W. y LUNDIN, N. [2006]: «The impact of government's funding and tax incentives on industrial R&D investments. Empirical evidences from industrial sectors in Shanghai», *China Economic Review*, 17 (1), págs. 51-69.

EL PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD PARA PYMES DESDE UNA PERSPECTIVA FISCAL

LUIS M. SALAS GARCÍA-NEBLE

*Licenciado en Administración y Dirección de Empresas
Asesor Fiscal*

Extracto:

TRAS diecisiete años de aplicación de la anterior normativa contable, obsoleta en gran medida, los criterios contenidos en el Plan General de Contabilidad, aprobados por los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, parecen imponerse en la gestión empresarial a pesar de la estanqueidad que se produce con cada cambio en el entorno legal.

Sin embargo, a la hora de contabilizar determinadas operaciones poco frecuentes, la labor del profesional se hace más compleja, acentuándose estas dificultades cuando el empresario se enfrenta, además, a las constantes modificaciones introducidas en el capítulo de imposición directa (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre Sociedades) e indirecta (Impuesto sobre el Valor Añadido).

En el presente trabajo, eminentemente práctico, plantaremos un supuesto que contendrá algunos aspectos recogidos en las normas de valoración contables y en las reformas fiscales de los últimos años. Para cada operación de este ejercicio ofreceremos la solución que consideramos oportuna, reflejando la contabilización a nuestro juicio más adecuada.

Palabras clave: Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre Sociedades y Plan General de Contabilidad.

SPANISH GENERAL ACCOUNTING PLAN FOR SMEs FROM A TAX PERSPECTIVE

LUIS M. SALAS GARCÍA-NEBLE

*Licenciado en Administración y Dirección de Empresas
Asesor Fiscal*

Abstract:

AFTER a seventeen-year implementation of the previous accounting rules, largely obsolete, the criteria contained in the General Accounting Plan, passed through the Royal Decrees 1514/2007 and 1515/2007, seem to prevail in business management despite the standstill that occurs whenever there is a change at a legal level.

However, when accounting for certain unusual transactions, professional work becomes more complex, in such a way that these difficulties become more noticeable when the employer also faces the constant changes introduced through both the direct (Personal Income Tax and Corporate Income Tax) and the indirect taxation sections (Value Added Tax).

In this paper, especially practical, we will provide a case study that will contain some aspects included both in the valuation rules for accounting and in the tax reforms of the previous years. For each operation in this exercise, the most appropriate solution will be offered, reflecting, in our view, the most satisfactory accounting.

Keywords: Value Added Tax, Corporate Income Tax and General Accounting Plan.

Sumario

Enunciado.

Solución.

1. Normativa de aplicación.
2. Constitución de la sociedad.
3. Adquisición de inmovilizados materiales.
 - 3.1. Actualización de costes de desmantelamiento futuros.
 - 3.2. Activación de gastos financieros.
4. Inversiones en inmuebles arrendados.
5. Tratamiento de la adquisición intracomunitaria.
6. Tratamiento del IVA no deducible.
7. Liquidación del Impuesto sobre Sociedades.
 - 7.1. Confección de la cuenta de pérdidas y ganancias.
 - 7.2. Diferencias permanentes.
 - 7.3. Diferencias temporarias.
 - 7.4. Cálculo del Impuesto sobre Sociedades.

ENUNCIADO

El día 1 de enero de 2012, don Juan Antonio constituye por vía telemática la empresa «ROCI-MER, SLU», cuyo objeto social lo compone la producción y venta de productos audiovisuales. El capital social está integrado exclusivamente por una aportación dineraria de 3.080 euros en una cuenta bancaria. Ese mismo día alquila una nave industrial desde donde desarrollará su actividad, satisfaciendo al arrendador (persona física) la cantidad de 1.000 euros mensuales. Rubrica el contrato por 10 años.

El 30 de marzo de 2012, adquiere una maquinaria especial por 125.000 euros (IVA no incluido). Al margen de dicho importe, debe hacer frente a 1.850 euros (IVA no incluido) en concepto de gastos de transporte de dicha maquinaria. Por otro lado, se sabe que la empresa gastará 500 euros anuales en un seguro para cubrir posibles defectos en la misma. Se estima que la maquinaria tendrá una vida útil de 10 años, pasados los cuales se deberá hacer frente a unas obras de desmantelamiento, supongamos que por imperativo legal, por importe de 7.000 euros. Estima la empresa que el tipo de descuento adecuado es el 4 por 100.

El 30 de junio de 2012, adquiere una segunda máquina por 60.000 euros. Para financiar la adquisición de dicha maquinaria y el IVA de dichas operaciones (10.800 euros), la empresa formaliza un préstamo con una entidad financiera con las siguientes condiciones:

- Capital: 70.800 euros.
- 4 pagos semestrales de igual importe (sistema de amortización francés).
- Tipo de interés del 6 por 100 anual.
- Sin comisiones de apertura.

La máquina precisa de los siguientes gastos de instalación y montaje para estar en condiciones de funcionamiento:

- 340 euros a los 6 meses de la adquisición.
- 680 euros a los 12 meses.
- 400 euros a los 18 meses, estando a partir de entonces en condiciones de funcionamiento.

Al activo se le estima una vida útil de 10 años.

El 1 de julio de 2012, se ve obligado a realizar una serie de reformas en la nave, concretamente:

- Instala un sofisticado sistema de calefacción, adquirido por 15.000 euros y al que se le estima una vida útil de 15 años.

- Adquiere mobiliario por 3.200 euros a un proveedor portugués. Se sabe que el IVA portugués es del 23 por 100 y que previamente «ROCIMER, SLU» cursó alta en el Registro de Operadores Intracomunitarios mediante el modelo 036. Considera que tiene una vida útil de 5 años.

El 1 de septiembre de 2012, adquiere por 20.000 euros un vehículo turismo que utilizará indistintamente para usos empresariales y particulares, al que considera una vida útil de 8 años.

Al margen de lo comentado en párrafos anteriores, se conoce que las ventas del ejercicio son de 400.000 euros y los gastos de 200.000 euros (sueldos y salarios incluidos).

Sabiendo que la empresa decide aplicar el Plan General de Contabilidad para Pymes, se solicita que:

- a) Se estudie la contabilización de todas las operaciones.
- b) Se calcule el Impuesto sobre Sociedades teniendo en consideración que, por problemas de liquidez, es intención de la empresa acogerse a la amortización más acelerada posible según las tablas salvo que pudiera tener posibilidad de acceso a la libertad de amortización, a los efectos de pagar este año la menor cantidad posible de dicho tributo.

SOLUCIÓN

1. NORMATIVA DE APLICACIÓN

De cara a resolver el enunciado planteado, debemos observar la normativa que comentamos más abajo:

- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.
 - Marco conceptual.
 - Norma de registro y valoración 2.^a. Inmovilizado material.

- Norma de registro y valoración 3.^a. Normas particulares sobre inmovilizado material.
 - Norma de registro y valoración 11.^a. Instrumentos de patrimonio propio.
 - Norma de registro y valoración 14.^a. Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y otros Impuestos indirectos.
 - Norma de registro y valoración 15.^a. Impuesto sobre beneficios.
 - Norma de registro y valoración 17.^a. Provisiones y contingencias.
- Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.
 - Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.
 - Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.
 - Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

2. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Con los datos del enunciado de este ejercicio, tenemos claro cuál es el importe de los fondos propios relativos a la cifra de capital social (3.080,00 euros), así como la tipología de las aportaciones (dinerarias).

Por ello, parece claro que el asiento a realizar sería:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	3.080,00	
100	Capital social		3.080,00

No obstante, en toda operación relativa al capital social se genera una serie de costes que también debemos tener en consideración y suelen referirse a tributos autonómicos y aranceles notariales y registrales.

En este sentido, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, establece que:

«Uno. La constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática se hará de acuerdo con las siguientes reglas:

(...)

g. Se aplicarán como aranceles notariales y registrales, la cantidad de 150 euros para el notario y 100 para el registrador.

Dos. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada no sea superior a 3.100 euros y sus estatutos se adapten a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia, se seguirán las reglas previstas en el mismo con las siguientes especialidades:

(...)

Se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad fija de 60 euros para el notario y 40 para el registrador».

Por otra parte, si nos preguntamos por la versión de Operaciones Societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, también deberíamos acudir a ese controvertido real decreto-ley al establecerse en su artículo 3 (Modificación del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados) que estarán «exentas de dicho impuesto la constitución de sociedades, el aumento de capital, (...)».

Identificados los costes máximos en concepto de notario y registrador mercantil, se nos puede plantear la duda de cómo contabilizar estas operaciones. Aquí es donde, a nuestro juicio, entra en acción la norma de registro y valoración 11.^a del Plan General de Contabilidad para Pymes, aprobado por el Real Decreto 1515/2007, en virtud de la cual se establece que «Los gastos derivados de estas transacciones, incluidos los gastos de emisión de estos instrumentos, tales como honorarios de letrados, notarios, y registradores; impresión de memorias, boletines y títulos; tributos; publicidad; comisiones y otros gastos de colocación, se registrarán directamente contra el patrimonio neto como menores reservas».

De esta forma, la contabilización que proponemos será:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	60,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	10,80	
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		9,00
410	Notario		61,80

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	40,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	7,20	
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		6,00
410	Registrador mercantil		41,20

3 ADQUISICIÓN DE INMOVILIZADOS MATERIALES

3.1. Actualización de costes de desmantelamiento futuros

Para conocer la contabilización de la adquisición de la maquinaria especial, claro caso de inmovilizado material, debemos acudir a la norma de registro y valoración 2.^a del Plan General de Contabilidad para Pymes.

En ella, se estipula que «Los bienes comprendidos en el inmovilizado material se valorarán por su coste, ya sea este el precio de adquisición o el coste de producción». También se expone que: «El precio de adquisición incluye, además del importe facturado por el vendedor después de deducir cualquier descuento o rebaja en el precio, todos los gastos adicionales y directamente relacionados que se produzcan hasta su puesta en condiciones de funcionamiento, incluida la ubicación en el lugar y cualquier otra condición necesaria para que pueda operar de la forma prevista; entre otros: gastos de explotación y derribo, transporte, derechos arancelarios, seguros, instalación, montaje y otros similares».

Aplicando la norma a nuestro caso, podemos tener claro que los 125.000 euros satisfechos por la máquina comprada formarán parte del precio de adquisición. Pero podemos preguntarnos qué sucedería con los gastos de transporte, del seguro y las futuras obras de desmantelamiento.

Coste del transporte

Parece obvio que para que la maquinaria adquirida entre en condiciones de funcionamiento es condición *sine qua non* que dicho activo sea transportado hasta la ubicación de la empresa adquirente. Por ello, es evidente que los 1.850 euros de transporte no se llevarán directamente a la cuenta de pérdidas y ganancias sino que aumentarán el precio de adquisición del activo.

Si nos preguntáramos por las implicaciones que tendría no respetar escrupulosamente la norma de registro y valoración 2.^a en este aspecto, la respuesta sería contundente: el importe de los gastos de transporte llevados a pérdidas y ganancias en lugar de aumentar el activo conllevaría un resultado contable erróneo que supondría un perjuicio financiero para la Hacienda Pública, dado que los 1.850 euros del transporte deberían imputarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, y por tanto deducirse en el impuesto directo correspondiente (IS o IRPF) siguiendo el criterio de la amortización, en lugar de en el año en que se percibe el servicio.

Seguro para posibles defectos

En lo que al seguro se refiere, entendemos que dicha transacción no es necesaria para que la máquina estuviera en «condiciones de funcionamiento». Por ello, podremos llevar dicho importe a la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio y considerarlo gasto deducible fiscalmente, al estar la maquinaria asegurada totalmente afecta a la actividad económica.

Costes futuros de desmantelamiento

Establece la norma de registro y valoración 2.^a que también «formará parte del valor del inmovilizado material, la estimación inicial del **valor actual** de las obligaciones asumidas derivadas del desmantelamiento o retiro y otras asociadas al citado activo, tales como los costes de rehabilitación del lugar sobre el que se asienta, siempre que estas obligaciones den lugar al registro de provisiones de acuerdo con lo dispuesto en la norma aplicable a estas».

Dicho esto, parece claro que los costes de desmantelamiento formarán parte de la valoración inicial de la maquinaria adquirida. Para conocer el importe de esos costes futuros debemos aplicar el criterio del valor actual, que según el marco conceptual no es otro que «el importe de los flujos de efectivo a recibir o pagar en el curso normal del negocio, según se trate de un activo o de un pasivo, respectivamente, actualizados a un tipo de descuento adecuado». En el enunciado se supone un tipo de descuento adecuado del 4 por 100, sin embargo en la praxis es más complejo determinar para cada operación cuál es ese «tipo de descuento adecuado», hecho del que se deriva cierta inseguridad jurídica.

Una vez comentados estos extremos, consideramos que podemos estar en condiciones de conocer cuál es la valoración inicial de la maquinaria y, por tanto, su contabilización.

Concepto	Importe
Precio de adquisición	125.000,00
Gastos de transportes	1.850,00
Provisión de desmantelamiento *	4.728,95
Total valoración inicial	131.578,95
* Provisión de desmantelamiento = Valor actual de obligaciones asumidas	

Obligaciones asumidas:

										7.000 €
0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10

Valor actual = Valor final/(1 + i)ⁿ, donde «i» es el tipo de interés y «n» el número de periodos.

Según las reglas de las matemáticas financieras los 7.000 euros, de dentro de 10 años, equivalen a: $7.000/(1 + 0,04)^{10} = 4.728,95$ euros, en el momento actual. Este importe relativo al valor en el momento actual de los costes futuros lo conoceremos como provisión de desmantelamiento.

El asiento contable a realizar sería:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
213	Maquinaria 1	131.578,95	
472	Hacienda Pública, IVA soportado *	22.833,00	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		149.683,00
143	Provisión de desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		4.728,95

* IVA soportado = (Precio de adquisición de maquinaria + Gastos de transporte) $\times$ 0,18 = (125.000 + 1.850) $\times$ 0,18 = 22.833,00, dado que la normativa contable no modifica, en este sentido, la forma de cálculo de la base imponible del IVA.

En lo que al seguro se refiere, deberíamos contabilizar:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
625	Primas de seguro	500,00	
410	Acreedores por prestaciones de servicios		500,00

Como se podrá comprobar, a efectos fiscales, la diferencia entre aquellos gastos derivados de la adquisición del activo que sean necesarios para la puesta en condiciones de funcionamiento de este (gastos de transporte) y los que no lo sean (seguro) ocasiona un criterio distinto de imputación a la cuenta de pérdidas y ganancias. Mientras el seguro será catalogado contable y fiscalmente como gasto del ejercicio, el transporte se imputará a resultados mediante el criterio de la amortización.

A 31 de diciembre de 2012, deberemos dotar la amortización de dicha maquinaria en base al cociente entre el valor inicial (menos el valor residual, si lo hubiese) y el número de años de vida útil. Así:

$$\text{Amortización año 2012} = (131.578,95/10) \times 9/12 = 9.868,42 \text{ euros}$$

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
681	Amortización maquinaria	9.868,42	
2813	Amortización acumulada de maquinaria		9.868,42

Respecto a si es deducible, o no, la parte de la dotación a la amortización que corresponde a la provisión por desmantelamiento, debemos manifestar que la Administración Tributaria entiende que sí lo es, ya que:

«En caso de que el importe de la estimación inicial del valor de las obligaciones asumidas derivadas de la rehabilitación objeto de consulta forme parte del valor del inmovilizado material y, por tanto, se considere integrante del precio de adquisición a efectos contables, el gasto contable por la amortización de ese inmovilizado será fiscalmente deducible en los términos establecidos en el artículo 11 del TRLIS.»

Por otro lado, al finalizar el ejercicio también debemos actualizar la provisión de desmantelamiento, de acuerdo con lo establecido en la norma de registro y valoración 17.^a del Plan General de Contabilidad para Pymes. Es decir, «por el valor actual de la mejor estimación posible del importe necesario para cancelar o transferir a un tercero la obligación, registrándose los ajustes que surjan por la actualización de la provisión como un **gasto financiero** conforme se vayan devengando». Así pues:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones *	141,17	
143	Provisión de desmantelamiento, retiro o rehabilitación del inmovilizado		141,17
* Gastos financieros por actualización de provisiones:			
	Valor 31 de diciembre de 2012 $[4.728,95 \times (1,04)^{9/12}]$	4.870,12	
	– Valor 30 de marzo de 2012	4.728,95	
	Ajuste (31 de diciembre de 2011)	141,17	
Consideramos que distan 9 meses desde el 30 de marzo al 31 de diciembre, aplicando el Principio de Importancia Relativa.			

En materia impositiva, entendemos totalmente deducible este gasto financiero al no existir posicionamiento fiscal contrario al criterio contable.

Por otra parte, aunque por las limitaciones físicas de este trabajo prescindamos de realizar todos los asientos, debemos resaltar que, a 31 de marzo de 2022, el valor de la provisión por desmantelamiento ascenderá a 7.000 euros. Dicho importe será destinado a afrontar los gastos de desmantelamiento previstos para esa fecha, resultando necesarios los ajustes pertinentes por la diferencia entre los gastos previstos y en los que finalmente se ha incurrido.

A finales de año, el único apunte que nos quedaría pendiente de realizar sería la periodificación de la prima de seguro, dado que el gasto no se ha devengado totalmente, solo 9 de los 12 meses del ejercicio.

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
480	Gastos anticipados *	125,00	
625	Primas de seguro		125,00
* Gastos anticipados: $500,00 \times 3/12 = 125,00$.			

3.2. Activación de gastos financieros

Al margen de la maquinaria contabilizada en el epígrafe anterior, del enunciado del ejercicio se desprende la adquisición de un segundo inmovilizado que aún no se encuentra en condiciones de funcionamiento, precisando de 18 meses e incurrir en diferentes gastos de instalación para ello.

Al necesitar más de un año para estar en condiciones de funcionamiento y estar financiado, se deberían capitalizar los gastos financieros de acuerdo a lo establecido en la norma de registro y valoración 2.^a del Plan General de Contabilidad para Pymes, que establece:

«En los inmovilizados que necesiten un **periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso**, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción».

Supongamos la siguiente tabla como el cuadro de amortización facilitado por la entidad financiera:

Fecha	Pago semestral	Interés	Cuota	Pendiente
30-06-2012				70.800,00 €
31-12-2012	19.027,22 €	2.093,06 €	16.934,15 €	53.865,85 €
30-06-2013	19.027,22 €	1.592,44 €	17.434,78 €	36.431,07 €
31-12-2013	19.027,22 €	1.077,01 €	17.950,20 €	18.480,87 €
30-06-2014	19.027,22 €	546,35 €	18.480,87 €	– €
	76.108,86 €	5.308,86 €	70.800,00 €	

Con las cifras contenidas en el anterior cuadro, y suponiendo que la única financiación con la cuenta la empresa es la ajena relacionada con la adquisición de dicho activo, es evidente que los intereses satisfechos deberían incrementar el valor de adquisición del elemento del inmovilizado hasta que este estuviera en condiciones de funcionamiento.

Sin embargo, esta teoría no sería del todo acertada, al incorporar el préstamo el valor del IVA soportado, que vistos los datos del ejercicio consideramos a priori deducible (afectación a una actividad empresarial para la realización de entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas).

A este respecto la Consulta 5 del BOICAC n.º 82/2010, que versa sobre la capitalización de los gastos financieros derivados de la obtención de un préstamo para financiar el IVA devengado por la construcción de una planta industrial establecía que:

«Es decir, el IVA soportado deducible, que la empresa reconocerá como un activo, y que compensará u obtendrá su devolución, en la correspondiente liquidación, se excluye del concepto de precio de adquisición o coste de producción. Por lo que en este caso, no parece que pueda calificarse el préstamo obtenido para su pago como financiación específica del inmovilizado».

De esta forma, parece claro que los asientos a efectuar serían:

- Por la obtención del préstamo (30 de junio de 2012).

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	70.800,00	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		34.368,93
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito		36.431,07

- Por la adquisición de la maquinaria en montaje y pago al proveedor (30 de junio de 2012).

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
233	Maquinaria 2 en montaje	60.000,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	10.800,00	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		70.800,00

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	70.800,00	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		70.800,00

- Por el pago de la primera cuota semestral (31 de diciembre de 2012).

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
662	Intereses de deuda	2.093,06	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	16.934,15	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		19.027,22

- Por la reclasificación de la deuda de largo plazo al corto plazo.

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	17.950,20	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		17.950,20

- Por los gastos de instalación y montaje.

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
233	Maquinaria 2 en montaje *	340,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	61,20	
410	Acreedores por prestaciones de servicios		401,20

* Al no estar el activo en condiciones de funcionamiento, los gastos de instalación inherentes a la adquisición del mismo dejarán de formar parte de la cuenta de pérdidas y ganancias para incrementar el precio de adquisición del inmovilizado (NRV 2.ª del PGC Pymes).

- Por la activación de los gastos financieros.

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
233	Maquinaria 2 en montaje *	1.773,78	
764	Incorporación al activo de gastos financieros **		1.773,78

* Si bien se han devengado 2.093,06 euros, solo una parte de esa cantidad corresponde al precio de adquisición del elemento del activo. La diferencia serían gastos financieros relativos al IVA deducible que tendrían la consideración de gasto deducible en el ejercicio de devengo:

- Gastos financieros maquinaria = $2.093,06 \times (60.000,00/70.800,00) = 1.773,78$ euros
- Gastos financieros IVA = $2.093,06 \times (10.800,00/70.800,00) = 319,28$

** Utilizaremos una cuenta de ingresos financieros, al contrario del criterio tradicionalmente utilizado (733. «Trabajos realizados para el inmovilizado material en curso»), al posicionarse el ICAC al respecto en la Consulta 3 del BOICAC n.º 75/2008: «En este sentido, en la medida en que los importes activados por gastos financieros sean significativos, de forma análoga a como se presentan las activaciones de gastos de explotación, donde aparecen los gastos por naturaleza y se recogen los ingresos en una partida de carácter corrector (Trabajos realizados por la empresa para su activo), se creará una partida en el margen financiero, cuya denominación podría ser la de "Incorporación al activo de gastos financieros"».

Tras las apreciaciones realizadas en el presente epígrafe podríamos plantearnos las siguientes cuestiones que trataremos de responder:

- ¿A cuánto asciende la amortización de esta maquinaria?

La respuesta es clara. Tanto contable como fiscalmente, la amortización debe iniciarse a partir de que el inmovilizado pueda producir ingresos con regularidad, es decir, pueda comenzar a funcionar, circunstancia que no sucede en las inmovilizaciones en montaje o en curso.

- ¿Cuál sería el valor de la maquinaria en el momento de estar en condiciones de funcionamiento?

A 30 de junio de 2014, tendremos contabilizada la maquinaria en montaje por la siguiente cantidad:

Concepto	Importe
Precio de adquisición	60.000,00
Gastos de instalación *	1.420,00
Gastos financieros capitalizados **	4.499,03
Total valoración inicial	65.919,03
* Gastos de instalación = 340,00 + 680,00 + 400,00 = 1.420,00	
** Gastos financieros capitalizados = 5.308,86 euros × (60.000,00/70.800,00) = 4.499,03, dado que la parte de intereses que financian el IVA no formarían parte del precio de adquisición.	

- ¿Cómo se haría el asiento el 30 de junio de 2014 para dar de alta la maquinaria?

Daríamos de baja a la maquinaria en montaje para dar de alta a la maquinaria.

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
213	Maquinaria 2	65.919,03	
233	Maquinaria 2 en montaje *		65.919,03

4. INVERSIONES EN INMUEBLES ARRENDADOS

Por el enunciado del ejercicio tenemos constancia de que la empresa «ROCIMER, SLU» es arrendataria de una nave industrial por la que satisface 1.000 euros al arrendador, reteniéndole en concepto de IRPF el 21 por 100 (vigente desde el 1 de enero de 2012). Por ello, mensualmente contabilizará:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	1.000,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	180,00	
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		210,00
410	Arrendador del local		970,00

Esta forma de realizar el asiento variaría si no fuera obligatorio retener al arrendador, situación que recordamos se produciría [art. 75.3 g) 3 del RD 439/2007, de 30 de marzo]:

«Cuando la actividad del arrendador esté clasificada en alguno de los epígrafes del grupo 861 de la Sección Primera de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, o en algún otro epígrafe que faculte para la actividad de arrendamiento o subarrendamiento de bienes inmuebles urbanos, y aplicando al valor catastral de los inmuebles destinados al arrendamiento o subarrendamiento las reglas para determinar la cuota establecida en los epígrafes del citado grupo 861, no hubiese resultado cuota cero.

A estos efectos, el arrendador deberá acreditar frente al arrendatario el cumplimiento del citado requisito, en los términos que establezca el Ministro de Economía y Hacienda».

Por otro lado, se observa que instala un sistema de calefacción en el local y adquiere mobiliario. Obviamente, el mobiliario será propiedad de «ROCIMER, SLU» una vez finalizado el contrato de alquiler, al poder separarlos de la nave industrial. Sin embargo, el sistema de calefacción permanecerá en el local. Por ello, los tratamientos del sistema de calefacción y del mobiliario serán distintos, abordando el segundo de ellos en el siguiente epígrafe.

Para dar reflejo contable a la instalación de la calefacción deberíamos acudir al apartado h) de la norma de registro y valoración 3.^a del Plan General de Contabilidad para Pymes, cuyo tenor reproducimos más abajo:

«En los acuerdos que, de conformidad con la norma relativa a arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar, deban calificarse como arrendamientos operativos, las inversiones realizadas por el arrendatario que no sean separables del activo arrendado o cedido en uso, se contabilizarán como inmovilizados materiales cuando cumplan la definición de activo. La amortización de estas inversiones se realizará en función de su vida útil que será la **duración del contrato de arrendamiento** o cesión –incluido el periodo de renovación cuando existan evidencias que soporten que la misma se va a producir–, **cuando esta sea inferior a la vida económica del activo**».

Aplicando la norma aludida, a la hora de adquirir la instalación la empresa contabilizará el sistema de calefacción de la siguiente forma:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
215	Sistema de climatización	15.000,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	2.700,00	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		17.700,00

Sin embargo, a la hora de amortizar el elemento se deberá tener en consideración la norma de registro comentada para determinar la cuota anual. Para ello, se tendrá que considerar como vida útil del activo adquirido el menor plazo de los siguientes:

- Duración del contrato de arrendamiento 10 años
- Vida económica del activo 15 años

Así, la cuota de amortización de 2012 ascenderá a: $(15.000/10) \times (6 \text{ meses}/12 \text{ meses}) = 750$ euros.

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
681	Amortización de calefacción	750,00	
2815	Amortización acumulada de calefacción		750,00

5. TRATAMIENTO DE LA ADQUISICIÓN INTRACOMUNITARIA

La compra del mobiliario citado en el enunciado cumple con los requisitos establecidos en la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, para ser considerada como una adquisición intra-comunitaria de bienes, es decir:

- Se adquiere un bien mueble corporal (mobiliario).
- Existe transporte desde el país comunitario de origen (Portugal) al territorio de aplicación del impuesto (parte peninsular española o Baleares), con independencia de quién se haga cargo del mismo.
- La adquisición es a título oneroso (3.200 euros).
- La compraventa se realiza entre dos empresarios: un proveedor portugués y un empresario cliente español. «ROCIMER, SLU» acreditaría ser empresario mediante la exhibición del NIF-IVA atribuido por la Administración Tributaria española cuando cursó, mediante el modelo 036, el correspondiente alta en el Registro de Operadores Intracomunitarios.

Cumpliendo con estos cuatro requisitos, la operación de venta estaría exenta para el proveedor portugués mientras que estaría sujeta y no exenta para la empresa adquirente, tributando por tanto en España. Es decir, «ROCIMER, SLU» recibiría una factura sin IVA, e ingresaría en la Agencia Tri-butaria el IVA español (18%).

Sin embargo, por motivos de neutralidad fiscal del IVA para los empresarios, «ROCIMER, SLU» tendría derecho a consignar el IVA autorrepercutido (aunque ya no sea obligatorio emitir la, hasta hace poco, preceptiva autofactura) como deducible. De esta forma, consignaría en el modelo de autoliquidación trimestral de IVA del 3.º trimestre (modelo 303):

IVA devengado			
Adquisición intracomunitaria de bienes			
Base imponible	3.200,00 (casilla 19)	Cuota	576,00 (casilla 20)

IVA deducible			
Adquisición intracomunitaria de bienes de inversión *			
Base imponible	3.200,00 (casilla 32)	Cuota	576,00 (casilla 33)
* En IVA se debería distinguir de los bienes corrientes al tratarse de un inmovilizado material de base imponible superior a los 3.005,06 euros (art. 108 de la Ley 37/1992).			

El reflejo contable de esta operación debería ser el siguiente:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
216	Mobiliario	3.200,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado AIB de inversión	576,00	
523	Proveedor de inmovilizado portugués		3.200,00
477	Hacienda Pública, IVA repercutido AIB		576,00

Al 31 de diciembre de 2012, dotaremos la correspondiente amortización:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
681	Amortización de mobiliario *	320,00	
2816	Amortización acumulada de mobiliario		320,00

* Amortización de mobiliario = $(3.200,00/5) \times (6 \text{ meses}/12 \text{ meses}) = 320,00$.

6. TRATAMIENTO DEL IVA NO DEDUCIBLE

La adquisición del vehículo turismo, otro claro caso de elemento del inmovilizado material, solo reviste la complejidad de determinar el precio de adquisición, teniendo en consideración la deducibilidad de las cuotas de IVA soportado, ya que la norma de registro y valoración 2.^a del Plan General de Contabilidad considera mayor valor del precio de adquisición los impuestos indirectos «no recuperables directamente de la Hacienda Pública».

La dificultad de calcular el impuesto indirecto no recuperable radica en que, al usar el empresario el vehículo para fines particulares y empresariales, «ROCIMER, SLU» no tendría derecho a la deducción íntegra del IVA soportado en la adquisición. Al respecto, la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece en su artículo 95.3.2 que:

«Cuando se trate de vehículos automóviles de turismo y sus remolques, ciclomotores y motocicletas, se presumirán afectados al desarrollo de la actividad empresarial o profesional en la proporción del 50 por 100.»

En resumen, para conocer el porcentaje de deducción del IVA, el empresario debe estar al efectivo grado de afectación del vehículo, entrando en acción una presunción *iuris tantum* de deducibilidad del 50 por 100 de las cuotas. Será misión del empresario acreditar, por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, un grado de afectación superior, y de la Administración Tributaria demostrar un grado inferior.

Por otro lado, debido a la modificación del artículo 90 de la Ley del IVA incorporada en el Real Decreto-Ley 20/2012, con efectos **desde el 1 de septiembre de 2012**, debemos tomar como **tipo impositivo del IVA el 21 por 100** en lugar del 18 por 100.

Suponiendo que la empresa, poco arriesgada, aun afectando el vehículo a la actividad empresarial en un porcentaje superior, optase por deducir solo el 50 por 100 de las cuotas de IVA soportado, el asiento a realizar sería el que sigue:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
218	Elementos de transporte *	22.100,00	
472	Hacienda Pública, IVA soportado **	2.100,00	
523	Proveedor de inmovilizado a corto plazo		24.200,00
* Elemento de transporte = Precio de adquisición + Impuestos indirectos no recuperables = 20.000,00 + 2.100,00 = 22.100,00. ** Hacienda Pública, IVA soportado = 20.000,00 × 21% × 50% = 2.100,00.			

Por otro lado, al 31 de diciembre de 2012, se deberá dotar la oportuna amortización, tomando para ello como precio de adquisición (22.100 euros):

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
681	Amortización de elementos de transporte *	920,83	
2818	Amortización acumulada de elementos de transporte		920,83
* Dotación a la amortización = (22.100/8) × 4 meses/12 meses = 920,83.			

Sin embargo, puede surgir la duda de si la dotación a la amortización del vehículo sería o no deducible en el Impuesto sobre Sociedades, máxime si consideramos el criterio de que solo son deducibles en dicho tributo aquellos gastos exclusivamente afectos a la actividad empresarial. Dado que el vehículo no está exclusivamente afecto a la actividad empresarial, ya que es usado también por el administrador de la sociedad para usos particulares, podríamos entender que dicha amortización no sería deducible.

Sin embargo, la Dirección General de Tributos se ha pronunciado a favor de catalogar dicho gasto contable como gasto fiscal. Así, por ejemplo la Consulta V0688/2007, de 4 de abril de 2007 (NFC025064), relativa a la deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de un vehículo afecto parcialmente a las labores de la empresa, siendo el resto para el uso particular del gerente, contestaba:

«En cuanto al tratamiento del vehículo en el Impuesto sobre Sociedades, al estar afecto a la actividad de la consultante, tendrá la consideración de activo fijo material y según señala el artículo 11 del TRLIS, "serán deducibles las cantidades que, en concepto de amortización del inmovilizado material e inmaterial, correspondan a la depreciación efectiva que sufran los distintos elementos por funcionamiento, uso, disfrute u obsolescencia".

Por lo que toda la amortización del vehículo **será gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de la consideración como renta en especie que pudiera tener (a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y para el gerente) la utilización del**

vehículo por este para sus fines particulares, cuya valoración se determinaría de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio».

A modo de repaso, ya que los sueldos y salarios se han encuadrado entre los 200.000 euros de gastos restantes, comentaremos que el uso particular del vehículo constituirá para el administrador una retribución en especie cuyo valor será el siguiente:

- $\text{Retribución especie 2012} = \text{Valor vehículo (IVA incluido)} \times 20\% \times \text{Uso no laboral} \times (4/12)$.
- $\text{Valor del vehículo (IVA incluido)} = 24.200$.
- Consideraremos uso no laboral el 50 por 100, aunque se debería estar al caso concreto.
- $\text{Retribución en especie 2012} = 24.200,00 \times 20\% \times 50\% \times (4/12) = \mathbf{806,67}$ euros.

Este importe de la retribución en especie, aunque tendría la consideración de rendimientos del trabajo y estarían sujetos a ingreso a cuenta, sería exento de cotización al ser de cuantía inferior al 20 por 100 del IPREM siempre que y cuando la cesión del vehículo no sea debida en virtud de norma, convenio colectivo o contrato de trabajo.

7. LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

7.1. Confección de la cuenta de pérdidas y ganancias

La base imponible del Impuesto sobre Sociedades parte del resultado contable antes de impuestos, aplicándose con posterioridad una serie de diferencias permanentes y temporales.

Por ello, en primer lugar trataremos de calcular el resultado fruto de nuestra cuenta de pérdidas y ganancias:

Signo	Concepto	Importe
+	Ingresos del ejercicio	400.000,00
-	Gastos del ejercicio	200.000,00
-	Primas de seguros	375,00
-	Dotación a la amortización de maquinaria 1	9.868,42
-	Gastos financieros por actualización de provisiones	141,17
		.../...

Signo	Concepto	Importe
.../...		
-	Gastos financieros préstamo	2.093,06
+	Incorporación al activo de gastos financieros	1.773,78
-	Arrendamientos y cánones	12.000,00 *
-	Dotación a la amortización de calefacción	750,00
-	Dotación a la amortización de mobiliario	320,00
-	Dotación a la amortización de elementos de transporte	920,83
=	Resultado contable antes de impuestos	175.305,30
* Arrendamientos anuales = 1.000,00 × 12.		

Obtenido el resultado contable antes de impuestos, debemos estudiar si existe alguna discrepancia de criterio entre la normativa fiscal y contable, que genere el nacimiento de diferencias permanentes o temporarias.

7.2. Diferencias permanentes

Las diferencias permanentes son derivadas del distinto tratamiento otorgado a un ingreso o gasto por la legislación tributaria respecto a la normativa contable, divergencia que no revertirá con el transcurso del tiempo.

En este ejercicio detectamos este tipo de diferencias, de carácter negativo, en el caso de la constitución de la sociedad. En ella, incurrimos en una serie de gastos notariales y de registro que, debido a la norma de registro y valoración 11.^a del Plan General de Contabilidad para Pymes, fueron contabilizados como menores reservas. Sin embargo, diversas consultas de la Dirección General de Tributos han recalcado que:

«En el ámbito fiscal, el artículo 19.3 del TRLIS dispone que: no serán fiscalmente deducibles los gastos que no se hayan imputado contablemente en la cuenta de pérdidas y ganancias **o en una cuenta de reservas si así lo establece una norma legal o reglamentaria**, a excepción de lo previsto respecto de los elementos patrimoniales que puedan amortizarse libremente.

Se establece como condición para la deducción de un gasto contable su registro, ya sea en la cuenta de pérdidas y ganancias o en una cuenta de reservas. Por tanto, los gastos de constitución señalados en la norma de registro y valoración 9.^a 4 del PGC (en el PGC Pymes, la NRV 11.^a) serán fiscalmente deducibles, al tener la condición de gasto en el ámbito contable, en la medida en que figuren contabilizados en una cuenta de reservas.»

Estas diferencias serán negativas al corresponderse a gastos fiscales que no se encuentran recogidos como gastos contables en la cuenta de pérdidas y ganancias.

7.3. Diferencias temporarias

Se producen diferencias temporarias cuando aparecen gastos e ingresos contables que también tienen dicha consideración fiscalmente, si bien su valoración o imputación temporal no coincide. Es decir, al contrario que en el caso de las permanentes, las diferencias temporarias revierten en ejercicios futuros, produciéndose en el ejercicio de la reversión un ajuste de signo contrario.

En el enunciado del ejercicio podemos observar la intención de la empresa de diferir, en la medida de lo posible, la tributación por el Impuesto sobre Sociedades. Así podríamos preguntarnos si existe alguna posibilidad de aplicar la libertad de amortización o si las tablas de amortización contenidas en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades permiten una amortización fiscal más acelerada que la contable.

a) Libertad de amortización

El capítulo de la libertad de amortización (disp. adic. undécima del TRLIS) ha sufrido en los últimos años varias modificaciones sustanciales, vinculándose al mantenimiento de empleo (RDL 6/2010, de 9 de abril), dejándose de vincular a este extremo (RDL 13/2010, de 3 de diciembre) y por último anulándose (RDL 12/2012, de 30 de marzo).

Hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, la empresa podría haber amortizado libremente la totalidad de los elementos del activo nuevos adquiridos. Sin embargo, a partir de su vigencia (31 de marzo de 2012) la empresa no podrá amortizar libremente ningún elemento.

Para saber qué pasaría con aquellas inversiones realizadas entre 2011 y el 31 de marzo de 2012 debemos acudir a la disposición transitoria trigésimo séptima del Real Decreto-Ley 12/2012, cuyo contenido podemos resumir en los siguientes puntos:

- Las inversiones realizadas hasta la fecha de entrada en vigor (31 de marzo de 2012) por empresas de reducida dimensión seguirán gozando del derecho a la libertad de amortización.
- Las empresas que no sean catalogadas como de reducida dimensión podrán aplicar la libertad de amortización, con el límite del 20 por 100 de la base imponible previa a su aplicación y a la compensación de bases imponibles negativas, a las inversiones realizadas hasta la fecha de entrada en vigor.
- Las empresas que no sean catalogadas como de reducida dimensión podrán aplicar la libertad de amortización, con el límite del 40 por 100 de la base imponible previa a su aplicación y a la compensación de bases imponibles negativas, a las inversiones realizadas hasta dicha fecha, siempre que cumplan el requisito de creación y mantenimiento de empleo.

Dado que «ROCIMER, SLU» ha facturado menos de 10 millones de euros, considerándose por tanto como empresa de reducida dimensión, podrá aplicar la libertad de amortización a la maqui-

naria adquirida el 30 de marzo de 2012. Por ello, en el ejercicio 2012 tendrá un gasto fiscal derivado de la amortización de la maquinaria considerablemente superior al contable, procediendo realizar un ajuste negativo que tornará en positivo a partir del siguiente año.

Gasto contable $[(131.578,95/10) \times 9/12]$	9.868,42
Gasto fiscal máximo $(131.578,95 \times 100\%)$	131.578,95
Ajuste a realizar $(9.868,42 - 131.578,95)$	-121.710,53

Este ajuste ocasionará un pasivo a favor de la Agencia Tributaria por diferencias temporarias imponible en ejercicios futuros.

b) Mobiliario

El mobiliario se amortiza contablemente en función de su vida útil estimada (5 años, equivalentes a un 20% anual). Sin embargo, las tablas del Impuesto sobre Sociedades establecen un coeficiente máximo del 10 por 100 (equivalente a 10 años).

De esta forma, la empresa amortiza contablemente más de lo que sería deducible en el Impuesto sobre Sociedades. Es por ello necesario realizar un ajuste positivo (gasto contable mayor al gasto fiscal), que revertirá en negativo a partir del sexto año.

Gasto contable $[(3.200,00/5) \times (6 \text{ meses}/12 \text{ meses})]$	320,00
Gasto fiscal máximo $[3.200,00 \times 10\% \times (6 \text{ meses}/12 \text{ meses})]$	160,00
Ajuste a realizar $(320,00 - 160,00)$	160,00

Este ajuste supondrá un crédito ante la Agencia Tributaria por diferencias temporarias deducibles en ejercicios futuros.

c) Sistema de calefacción

La vida útil de la calefacción, calculada siguiendo las directrices de la norma de registro y valoración 3.^a del Plan General de Contabilidad, asciende a 10 años (un 10%). Por su parte, la amortización fiscal máxima según las tablas del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades sería del 12 por 100 (8,33 años).

Dado que de los datos del enunciado se desprende que la empresa tiene intención de amortizar según la amortización fiscal máxima, procederá realizar un ajuste negativo (gasto fiscal mayor al gasto contable), que revertirá en positivo a partir del noveno ejercicio.

Gasto contable $[(15.000,00/10) \times (6 \text{ meses}/12 \text{ meses})]$	750,00
Gasto fiscal máximo $[15.000,00 \times 12\% \times (6 \text{ meses}/12 \text{ meses})]$	900,00
Ajuste a realizar $(750,00 - 900,00)$	-150,00

Este ajuste ocasionará un pasivo a favor de la Agencia Tributaria por diferencias temporarias imponibles en ejercicios futuros.

d) Elemento de transporte

Mientras la vida útil del elemento de transporte se estima en 8 años (12,5%), la amortización fiscal máxima según tablas sería del 16 por 100 (6,25 años).

Al igual que con la calefacción, la empresa se acogería a la amortización fiscal máxima, procediendo realizar otro ajuste negativo (gasto fiscal mayor al gasto contable), que revertirá en positivo a partir del octavo ejercicio.

Gasto contable $[(21.800,00/8) \times 4 \text{ meses}/12 \text{ meses}]$	908,33
Gasto fiscal máximo $(21.800,00 \times 16\% \times 4 \text{ meses}/12 \text{ meses})$	1.162,67
Ajuste a realizar $(908,33 - 1.162,67)$	-254,34

Este ajuste ocasionará un pasivo a favor de la Agencia Tributaria por diferencias temporarias imponibles en ejercicios futuros.

7.4. Cálculo del Impuesto sobre Sociedades

Estando en condiciones de calcular el Impuesto sobre Sociedades proponemos el siguiente resultado contenido en este cuadro:

Resultado contable antes de impuestos	175.305,30
- Diferencia permanente gasto notaría	-60,00
- Diferencia permanente gasto registrador	-40,00
- Diferencia temporaria libertad amortización	-121.710,53
+ Diferencia temporaria amortización mobiliario	160,00
- Diferencia temporaria amortización calefacción	-150,00
	.../...

.../...	
– Diferencia temporaria amortización vehículo	-254,34
= Base imponible previa	53.250,43
– Compensación base imponible negativa ejercicios anteriores	0,00
= BASE IMPONIBLE	53.250,43
× Tipo impositivo (tipo de gravamen) *	25%
= CUOTA ÍNTEGRA	13.312,61
– Deducción por doble imposición	0,00
– Bonificaciones	0,00
= CUOTA ÍNTEGRA AJUSTADA POSITIVA	13.312,61
– Deducciones por inversión y creación de empleo	0,00
= CUOTA LÍQUIDA POSITIVA	13.312,61
– Retenciones e ingresos a cuenta	0,00
= CUOTA DEL EJERCICIO A INGRESAR O DEVOLVER	13.312,61
– Pagos fraccionados	0,00
= CUOTA DIFERENCIAL	13.312,61
* Debemos destacar que, según establece la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, «en los periodos impositivos iniciados dentro del año 2009, 2010, 2011 y 2012, las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en dicho periodo sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en el mismo sea inferior a 25 empleados, tributarán con arreglo a la siguiente escala, excepto si de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 del TRLIS deban tributar a un tipo diferente del general: a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, al tipo del 20 por 100. b) Por la parte de base imponible restante, al tipo del 25 por 100. La aplicación de esta escala está condicionada a que durante los 12 meses siguientes al inicio del periodo impositivo, la plantilla media de la entidad no sea inferior a la unidad y, además, tampoco sea inferior a la plantilla media de los 12 meses anteriores al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009».	

Así, si la empresa cumpliera las condiciones anteriormente expuestas, su tipo impositivo sería del 20 por 100. Por otra parte, al constituirse la sociedad en 2012, cuando «la plantilla media en los doce meses siguientes al inicio del primer periodo impositivo sea superior a cero e inferior a la unidad, la escala establecida (...) se aplicará en el periodo impositivo de constitución de la entidad a condición de que en los doce meses posteriores a la conclusión de ese periodo impositivo la plantilla media no sea inferior a la unidad».

Para concluir el reflejo de las operaciones, debemos contabilizar el día 31 de diciembre de 2012 el gasto por el Impuesto sobre Sociedades y los activos y pasivos por diferencias temporarias:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	13.312,61	
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		13.312,61

Diferencia temporaria libertad amortización:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles *	30.427,63	
6301	Impuesto corriente		30.427,63
* $121.710,53 \times 25\% = 30.427,63$.			

Diferencia temporaria amortización mobiliario:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
6301	Impuesto corriente *	40,00	
479	Pasivo por diferencias temporarias imposables		40,00
* $160,00 \times 25\% = 40,00$.			

Diferencia temporaria amortización calefacción:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles *	37,50	
6301	Impuesto corriente		37,50
* $150,00 \times 25\% = 37,50$.			

Diferencia temporaria amortización elemento transporte:

N.º de cuenta	Cuentas	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles *	63,59	
6301	Impuesto corriente		63,59
* $254,34 \times 25\% = 63,59$.			

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 84, diciembre 2010. Consulta 14. Activos no corrientes mantenidos para la venta. PGC de Pymes.

SUMARIO:

Sobre cómo debe interpretarse la no aplicación de los criterios regulados en el Plan General de Contabilidad (PGC) para los «Activos no corrientes mantenidos para la venta», en el supuesto de que una empresa opte por seguir el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PGC-PYMES) aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

Respuesta:

La consulta versa sobre el adecuado tratamiento contable de un inmueble arrendado cuando la empresa propietaria ha dejado de obtener los ingresos por arrendamiento al cesar en su explotación comercial el inquilino, y se indica textualmente que «el PGC de PYMES no contempla la cuenta de "Activos no corrientes mantenidos para la venta" y el apartado 7 de la introducción del PGC-PYMES recoge que: "En el caso de que una empresa que aplique este Plan realice una operación no regulada en él, ha de remitirse al PGC normal, con la excepción de la norma de registro y valoración de activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta, al haber considerado suficiente para estas empresas los criterios contenidos en relación con los activos que pueden ser enajenados en el PGC-PYMES».

El consultante pregunta cómo debe entenderse la aplicación de la excepción recogida en el párrafo anterior.

Si la empresa aplica el PGC-PYMES los activos no corrientes se mantendrán en el activo no corriente del balance hasta su baja y se les seguirá aplicando el criterio de valoración que corresponda a su naturaleza. Es decir, en el Plan de PYMES la citada norma no es de aplicación y, en consecuencia, independientemente de que se cumpla el supuesto de hecho que llevaría a la reclasificación del activo a la categoría de «Activos no corrientes mantenidos para la venta» si se aplicase el PGC, la empresa lo seguirá manteniendo clasificado en el activo no corriente del balance.

En particular, en el caso objeto de consulta, en la categoría de inversión inmobiliaria en sintonía con el criterio recogido en la consulta n.º 9 publicada en el Boletín de este Instituto n.º 74, de junio de 2008

EJEMPLO:

La sociedad «ALBASANZ, SA» es una empresa inmobiliaria que tiene, entre otros, un edificio industrial que ha estado alquilado durante los últimos años. Los saldos de esta inversión, al 1 de enero de 20X20, son los siguientes:

220. Inversiones en terrenos y bienes naturales	20.000
221. Inversiones en construcciones	80.000
282. Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias	-20.000

La vida útil pendiente es de 30 años.

El último contrato de arrendamiento ha vencido recientemente, y al inicio del mes de julio de 20X20 decide poner a la venta el edificio. Para ello, establece un plan de venta que cumple los requisitos establecidos en la norma de registro y valoración 7.^a «Activos no corrientes mantenidos para la venta», del PGC.

El valor razonable del edificio en esa fecha es de 76.000 u.m. estimándose unos gastos de venta del 4 por 100.

Al cierre del ejercicio se sabe que:

• Valor razonable menos los gastos de venta	69.000
• Valor en uso de activos similares	66.500

Al inicio del ejercicio 20X21 se vende el edificio por 69.200 u.m.

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores en los siguientes casos:

- La empresa lleva su contabilidad adaptada al PGC.
- La empresa lleva su contabilidad adaptada al PGC-PYMES.

Solución:**a) La empresa lleva su contabilidad adaptada al PGC 2007**

En el mes de julio de 20X20 decide poner a la venta el edificio cumpliéndose las condiciones establecidas en la norma de registro y valoración (NRV) 7.^a «Activos no corrientes mantenidos para venta» del PGC, por lo que debe ser clasificado como mantenido para la venta, ya que la recuperación de valor se realizará fundamentalmente a través de su

.../...

.../...

venta, en lugar de su uso continuado, señalando el supuesto que además se cumplen el resto de los requisitos establecidos en la norma para realizar tal reclasificación.

El activo debe valorarse en el momento de la reclasificación, por el menor de los importes siguientes:

- Valor contable.
- Valor razonable menos los gastos de venta.

Para la determinación del valor contable se determinará y registrará si procede el correspondiente deterioro del activo.

Por la amortización hasta el 30 de junio de 20X20:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
682	Amortización de las inversiones inmobiliarias	1.000	
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias $\left(\frac{60.000}{30} \times \frac{6}{12} \right)$		1.000

Por el cálculo del deterioro y su registro:

Valor contable (20.000 + 80.000 – 20.000 – 1.000)	79.000
Valor razonable menos gastos de venta (76.000 × 96%)	72.960
Deterioro	6.040

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
692	Pérdidas por deterioro de las inversiones inmobiliarias	6.040	
292	Deterioro de valor de las inversiones inmobiliarias		6.040

Por la reclasificación del activo no corriente a activo no corriente mantenido para la venta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
580	Inmovilizado	79.000	
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias	21.000	
292	Deterioro de valor de las inversiones inmobiliarias	6.040	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		20.000
221	Inversiones en construcciones		80.000
5990	Deterioro de valor de inmovilizado no corriente mantenido para la venta		6.040

.../...

.../...

A partir de la clasificación como activo no corriente mantenido para la venta cesa la amortización.

A 31 de diciembre de 20X20, por el ajuste del deterioro:

Valor contable (79.000 – 6.040)	72.960
Valor razonable menos gastos de venta	69.000
Incremento deterioro	3.960

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	3.960	
5990	Deterioro de valor de inmovilizado no corriente mantenido para la venta		3.960

Por último, en enero por la venta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	69.200	
5990	Deterioro de valor de inmovilizado no corriente mantenido para la venta	10.000	
580	Inmovilizado		79.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		200

b) La empresa lleva su contabilidad adaptada al PGC-PYMES

En el mes de julio del año 20X20 cuando se decide poner a la venta el edificio, aunque se cumplen todos los requisitos que establece el PGC en la NRV 7.^a para su reclasificación a activos no corrientes mantenido para la venta, no procede realizar ninguna reclasificación a tal categoría porque el PGC-PYMES indica:

«En el caso de que una empresa que aplique este Plan realice una operación no regulada en él, ha de remitirse al PGC normal, con la excepción de la norma de registro y valoración de activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta, al haber considerado suficiente para estas empresas los criterios contenidos en relación con los activos que pueden ser enajenados en el PGC PYMES.»

Al cierre del ejercicio por la amortización y cálculo del deterioro:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
682	Amortización de las inversiones inmobiliarias	2.000	
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias (60.000/30)		2.000

.../...

.../...

Valor contable (20.000 + 80.000 – 22.000)	78.000
Importe recuperable	69.000
Deterioro	9.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
692	Pérdidas por deterioro de las inversiones inmobiliarias	9.000	
292	Deterioro de valor de las inversiones inmobiliarias		9.000

Por la venta del edificio en los primeros días del año 20X21:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	69.200	
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias	22.000	
292	Deterioro de valor de las inversiones inmobiliarias	9.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		20.000
221	Inversiones en construcciones		80.000
772	Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias		200

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 88, diciembre 2011. Consulta 1. «Instrumentos financieros», NRV 9.^a Derechos recibidos en pago de un dividendo.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable, desde la perspectiva del inversor, de los derechos recibidos en pago de un dividendo que pueden hacerse efectivos mediante las siguientes modalidades:

- 1. Adquiriendo nuevas acciones totalmente liberadas.*
- 2. Enajenando los derechos en el mercado secundario.*
- 3. Vendiéndolos a la sociedad emisora, que abona el importe de la venta con la correspondiente retención fiscal.*

Respuesta:

La norma de registro y valoración (NRV) 9.^a «Instrumentos financieros» del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en su apartado 2.8 establece que los dividendos de activos financieros devengados con posterioridad al momento de la adquisición se reconocerán, cuando se declare el derecho del socio a recibirlo, como ingresos en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Esta regulación se complementa señalando que en la valoración inicial de un activo financiero, se registrarán de forma independiente, atendiendo a su vencimiento, el importe de los dividendos acordados por el órgano competente en el momento de la adquisición. Asimismo, se aclara que si los dividendos distribuidos proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan repartido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la adquisición, no se reconocerán como ingresos, y minorarán el valor contable de la inversión.

Por otro lado, el criterio de este Instituto «Sobre el tratamiento contable derivado de unos dividendos percibidos mediante acciones emitidas por la misma sociedad que reparte el dividendo» está publicado en la consulta 2 de su Boletín (BOICAC) n.º 47, de septiembre de 2001, que en el nuevo marco contable se considera vigente. En particular, la respuesta a la citada consulta señala que:

«(...) el tratamiento contable establecido para la valoración de acciones recibidas liberadas con cargo a reservas, fue establecido por este Instituto en la consulta número 1, del BOICAC número 9, en la que se indica que si las acciones antiguas y las recibidas liberadas tienen iguales derechos, el valor total de la cartera no se verá alterado, siendo valoradas todas las acciones, tanto las antiguas como las nuevas, al precio medio ponderado. Por su parte, si las acciones antiguas y las nuevas no confieren iguales derechos, el valor de las antiguas se verá minorado en el coste de los derechos preferentes de suscripción segregados y las acciones recibidas liberadas se valorarán al precio medio resultante de dividir el coste de los derechos segregados entre el número de acciones recibidas liberadas.

Por su parte, el registro por parte de una sociedad que reparte dividendos que se materializan en activos distintos de la tesorería, se recogió en la consulta número 3, del BOICAC número 32, indicándose que las retribuciones que puedan percibir los accionistas, por su calidad de propietarios, deben ser consideradas distribución de los fondos propios de la empresa y registrarse cuando la junta general acuerde el reparto del dividendo.

De acuerdo con lo anterior, el inversor que recibe acciones liberadas no registrará incremento alguno en la partida que recoge las inversiones financieras, mientras que si se acuerda un dividendo, este generará en la contabilidad del inversor el registro del ingreso correspondiente por el importe acordado.

A la vista de lo anterior, surge la problemática consultada, ya que desde una perspectiva económica, parece que se trata de una operación que en su conjunto es muy similar a una ampliación de capital liberada, es decir, una ampliación de capital con cargo a reservas o beneficios. No obstante, opera un aspecto jurídico, que ha sido asumido por la norma contable, como el elemento determinante para considerar el devengo económico del ingreso por dividendos: el acuerdo del órgano societario correspondiente.

El tema consiste, por tanto, en analizar si cuando este acuerdo se toma, debe considerarse o no, que los efectos contables deben ser los mismos que los indicados para las ampliaciones de capital con acciones liberadas o, por el contrario, prima el hecho de considerar el dividendo devengado y por tanto un ingreso en el inversor.

Si nace el derecho de cobro de un dividendo acordado, cuestión que deviene del campo jurídico, la contabilidad debe registrarlo, lo que genera el correspondiente ingreso. No obstante, cuestión distinta es la valoración contable de dicho derecho, ya que si bien esta debe atender al importe acordado, sin embargo dado que se va a intercambiar el derecho de cobro por un activo que de acuerdo con el criterio contable establecido en la consulta indicada en primer lugar, hubiera producido una valoración que no habría aumentado la valoración de la inversión inicial, cabe concluir que en consecuencia, y siendo el fondo económico de estas operaciones idéntico, el resultado de su contabilización debe ser igualmente unívoco. En definitiva, si el crédito derivado del devengo de un dividendo se paga con acciones liberadas emitidas al efecto, su valoración debe considerar los criterios recogidos en la consulta 1 del BOICAC número 9.»

La novedad del caso que ahora se plantea radica en el hecho de que, con el objetivo de mejorar su política de retribución al accionista, la sociedad que reparte el dividendo ofrece tres alternativas al inversor que, en esencia, pueden reconducirse a dos; recibir acciones liberadas o efectivo, bien de un tercero, si el inversor decide enajenar el derecho en el mercado, o bien directamente de la propia empresa.

La opción de recibir efectivo de la propia empresa no origina el reconocimiento de un derecho de cobro en el inversor y el correspondiente ingreso, en la medida en que el fondo económico de la operación no se corresponde con esta circunstancia sino con la posibilidad de que el derecho pueda ejercerse a través de cualquiera de las modalidades descritas, para cuyo adecuado tratamiento contable, como paso previo, es necesario identificar su fondo económico.

En este sentido, si el inversor decide ejecutar sus derechos recibiendo acciones liberadas el criterio aplicable será el recogido en la consulta publicada en el BOICAC n.º 47, y si se opta por recibir el efectivo de la propia sociedad, el inversor reconocerá un derecho de cobro y el correspondiente ingreso cuando haya manifestado dicha opción.

En tercer lugar, si se decide enajenar el derecho en el mercado, en la medida en que el fondo económico de esta operación se corresponda, como parece, con la enajenación de un derecho de asignación gratuita, y no tanto con la cesión de un derecho de cobro previamente reconocido, el adecuado tratamiento contable será el previsto en el PGC para la baja de un activo financiero cuyo coste será preciso identificar.

Para ello, será de aplicación la NRV 9.ª del PGC, que en su apartado 2.6.2, en relación con los activos financieros disponibles para la venta, considera que: «(...) En el caso de venta de derechos preferentes de suscripción y similares o segregación de los mismos para ejercitarlos, el importe de los derechos disminuirá el valor contable de los respectivos activos. Dicho importe corresponderá al valor razonable o al coste de los derechos, de forma consistente con la valoración de los activos financieros asociados, y se determinará aplicando alguna fórmula valorativa de general aceptación». En términos similares se manifiesta esa misma norma de valoración en su apartado 2.5.2 en relación con las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas.

A mayor abundamiento, en el supuesto de que la inversión estuviese valorada por su valor razonable, cabe realizar las siguientes consideraciones.

Si el socio recibe acciones liberadas, lógicamente, tanto las antiguas como las nuevas se reconocerán a valor razonable, circunstancia que originará la correspondiente variación en el resultado del ejercicio o en el patrimonio neto de la empresa, en función de la cartera en que estuviese clasificada la inversión.

Si se produce la venta de los derechos en el mercado, en la medida en que el activo que se da de baja ya figura valorado a valor razonable, solo procederá reclasificar a la cuenta de pérdidas y ganancias el resultado de la operación, para lo que será preciso determinar el coste que se da de baja, en el supuesto de que las acciones estuviesen clasificadas en la categoría de «Activos financieros disponibles para la venta».

Por último, en caso de que se reciba el efectivo de la propia empresa, tal y como se ha indicado se contabilizará el correspondiente ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias, por dicho concepto, y la posterior variación en el valor razonable del activo, en el resultado del ejercicio o en el patrimonio neto de la empresa, en función de la cartera en que estuviese clasificada la inversión.

EJEMPLO:

La sociedad «LOSADA, SA» ha adquirido en el mes de septiembre de 20X15 3.000 acciones de la sociedad «BETANIA, SA» al precio unitario de 10 euros. Los gastos de la compra han sido de 300 euros.

En el mes de julio del año 20X16, una vez aprobadas las cuentas anuales por la junta general de accionistas, «BETANIA, SA» acuerda el reparto de un dividendo de un euro por acción ofreciendo a los accionistas las siguientes posibilidades:

1. Adquiriendo nuevas acciones totalmente liberadas.
2. Enajenando los derechos en el mercado secundario (precio unitario de 0,9 euros).
3. Vendíéndolos a la sociedad emisora, que abona el importe de la venta con la correspondiente retención fiscal.

El valor razonable de las acciones de «BETANIA, SA» al 31 de diciembre de 20X15 es de 12 euros importe que coincide con su valor razonable y en julio de 20X16 de 15 euros.

Se pide:

Contabilizar las operaciones que realizará «LOSADA, SA» en los siguientes casos, prescindiendo del efecto impositivo y considerando en los casos que proceda que la relación de canje es de 1 acción nueva por 15 antiguas.

.../...

.../...

- a) Las acciones están incluidas en la categoría de activos financieros disponibles para la venta.
- b) Las acciones están incluida en la categoría de inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas.

Solución:**1. ADQUISICIÓN DE ACCIONES TOTALMENTE LIBERADAS****a) Activos financieros disponibles para la venta (valoración a valor razonable)**

Por la compra de las acciones que se incluyen en la categoría de activos financieros disponibles para la venta que inicialmente se valora por el precio satisfecho más los gastos de transacción:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio ($3.000 \times 10 + 300$)	30.300	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30.300

Al 31 de diciembre de 20X15 la inversión se valora a valor razonable, que asciende a 12 euros/acción.

Valor contable 30.300

Valor razonable (3.000×12) 36.000

Incremento 5.700

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	5.700	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		5.700

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	5.700	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		5.700

En julio de 20X16, por el dividendo en acciones, que en este momento tienen un valor razonable de 15 euros/acción, tanto las antiguas como las nuevas se reconocerán a valor

.../...

.../...

razonable, circunstancia que originará la correspondiente variación en el resultado del ejercicio o en el patrimonio neto de la empresa, en función de la cartera en que estuviese clasificada la inversión.

Por el ajuste valor razonable de 3.000 acciones que poseía:

Valor contable	36.000
Valor razonable (3.000 × 15)	45.000
Incremento	9.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	9.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		9.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	9.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		9.000

El importe del dividendo y el número de acciones que le corresponden a la sociedad inversora es:

Importe del dividendo (3.000 acciones × 1)	3.000 €
Valor razonable de una acción	15 €
Número de acciones (3.000/15)	200

Según se ha comentado, la consulta señala que las acciones recibidas se valoran a valor razonable.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (200 × 15)	3.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		3.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	3.000	

.../...
.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		3.000

b) Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas (valoración a coste histórico)

Las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas se valorarán inicialmente al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles. Por tanto, el asiento de la compra de las acciones en el mes de septiembre de 20X15 será:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas	30.300	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		30.300

Al 31 de diciembre de 20X15 el importe recuperable es mayor que el valor contable por lo que no procede dotar deterioro.

En el mes de julio de 20X16 se produce el abono de los dividendos en forma de acciones liberadas. En este caso, la consulta señala que la operación se asimila a una ampliación de capital totalmente liberada y no procede asiento contable, modificándose el coste medio de las acciones.

Conceptos	Importe
Coste la inversión inicial (3.000 acciones $\times$ 10,1)	30.300
Coste acciones liberadas (200 acciones $\times$ 0)	0
Coste medio (3.200 acciones $\times$ 9,46875)	30.300

2. ENAJENANDO LOS DERECHOS DE ASIGNACIÓN GRATUITA EN EL MERCADO

a) Activos financieros disponibles para la venta

Los asientos son similares a los expuestos en el apartado 1 a) hasta el mes de julio del año 20X16. En este caso, la consulta señala que si se produce la venta de los derechos en el mercado, en la medida en que el activo que se da de baja ya figura valorado a valor razonable, solo procederá reclasificar a la cuenta de pérdidas y ganancias el resultado de la operación, para lo que será preciso determinar el coste que se da de baja, en el supuesto de que las acciones estuviesen clasificadas en la categoría de «Activos financieros disponibles para la venta».

.../...

.../...

Por la actualización de las acciones a valor razonable (15 euros/acción):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	9.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		9.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	9.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		9.000

El importe de valor teórico del derecho de suscripción es:

15 acciones antiguas × 15 euros	225,00
1 acciones nueva × 0 euros	0,00
16 acciones	225,00
Valor ex ante de una acción (225/15)	15,0000
Valor ex post de una acción (225/16)	14,0625
Valor teórico razonable del derecho (15 – 14,0625)	0,9375

Por el desglose y venta de los derechos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250- ¹	Derechos de suscripción	2.812,5	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (3.000 × 0,9375)		2.812,5

¹ Cuenta no desarrollada en el PGC.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (3.000 × 0,9)	2.700,00	
6632	Pérdidas de disponibles para la venta	112,50	
250-	Derechos de suscripción		2.812,5

Además hay que traspasar a resultados de ejercicio la parte correspondiente al resultado previamente imputado a patrimonio. Las acciones se adquirieron a un coste unitario de 10,1 y antes de la operación tenían un valor razonable de 15. El resultado que se imputa

.../...

.../...

a resultados, por cada derecho vendido, es la diferencia entre el coste del derecho de asignación y su valor teórico razonable (ya calculado y con un importe de 0,9375).

El valor del coste del derecho se calcula con referencia al coste inicial de las acciones y el valor es:

15 acciones antiguas × 10,1 euros	151,50
1 acciones nueva × 0 euros	0,00
16 acciones	151,50
Coste ex ante de una acción (151,50/15)	10,1000
Coste ex post de una acción (151,50/16)	9,46875
Coste del derecho (10,1 – 9,46875)	0,63125
Diferencia entre el valor razonable del derecho y el coste del derecho (0,9375 – 0,63125)	0,30625

Por el traspaso a resultados del ejercicio del importe de resultados imputados a patrimonio previamente de los derechos vendidos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta (3.000 × 0,30625)	918,75	
6632	Pérdidas de disponibles para la venta		112,50
7632	Beneficios de disponibles para la venta (3.000 derechos × 0,30625)		806,25

Se ha optado por reconocer un resultado de un solo signo en la operación por lo que se ha eliminado la cuenta 6632, «Pérdidas de disponibles para la venta».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	918,75	
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta		918,75

b) Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas

Los asientos hasta el 31 de diciembre de 20X15 son iguales que los descritos en el apartado 1 b).

En julio de 20X16, si se decide enajenar los derechos en el mercado, en la medida en que el fondo económico de esta operación se corresponda, como parece, con la enajenación de un derecho de asignación gratuita, y no tanto con la cesión de un derecho de cobro previamente reconocido, el adecuado tratamiento contable será el previsto en el PGC para

.../...

.../...

la baja de un activo financiero cuyo coste será preciso identificar, por lo que es necesario calcular el valor de los derechos para disminuir el valor de la inversión. El importe corresponde, en este caso, al coste de los derechos y no a su valor teórico razonable, ya que la inversión en las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas tiene una valoración posterior a coste, sin perjuicio de su posible deterioro.

15 acciones antiguas × 10,1 euros	151,50
1 acciones nueva × 0 euros	0,00
16 acciones	151,50
Coste ex ante de una acción (151,50/15)	10,1000
Coste ex post de una acción (151,50/16)	9,46875
Coste del derecho (10,1 – 9,46875)	0,63125

Por el desglose del coste de los 3.000 derechos de asignación gratuita:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
240-	Derechos de suscripción (3.000 × 0,63125)	1.893,75	
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas		1.893,75

Por la venta de los derechos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (3.000 × 0,9)	2.700,00	
240-	Derechos de suscripción		1.893,75
773	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		806,25

3. VENTA DE LOS DERECHOS A LA SOCIEDAD EMISORA DE QUE ABONA EL IMPORTE DE LA VENTA CON LA CORRESPONDIENTE RETENCIÓN FISCAL

a) Activos financieros disponibles para la venta

En este caso se genera un derecho de cobro que cargará con abono al correspondiente ingreso por el importe por el que la sociedad adquiere los derechos, por lo que el asiento a realizar por esta operación en el mes de julio de 20X16 sería:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar (3.000 × 1)	3.000,00	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		3.000,00

.../...

.../...

Por el cobro del dividendo suponiendo una retención del 21 por 100:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (3.000 × 79%)	2.370,00	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta (3.000 × 21%)	630,00	
545	Dividendo a cobrar		3.000,00

b) Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas

Los asientos a realizar por el cobro de los dividendos son idénticos a los del apartado anterior.

**CONCURSO-OPOSICIÓN PARA PROMOVER DIEZ PLAZAS EN
EL NIVEL NUEVE DEL GRUPO DIRECTIVO, PARA DESEMPEÑAR
COMETIDOS DE INSPECTOR DE ENTIDADES DE CRÉDITO
(SECCIÓN EJERCICIO PRÁCTICO)**

**COMPETITIVE EXAM TO PROVIDE TEN POSITIONS IN THE NINTH
LEVEL OF THE DIRECTIVE GROUP, TO PERFORM DUTIES OF BANK
EXAMINERS IN FINANCIAL INSTITUTIONS (PRACTICAL CASE)**

JUAN DEL BUSTO MÉNDEZ

FRANCISCO JAVIER DORADO HERRERO

Profesores del CEF

[Ejercicio práctico del Concurso-Oposición para promover diez plazas en el nivel nueve del grupo directivo, para desempeñar cometidos de Inspector de Entidades de Crédito. Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de 9 de marzo de 2007; Anuncio 8/2007, de 9 de marzo].

Sumario

Caso 1. Proyección de los estados contables de una empresa industrial.

Caso 2. Análisis comparativo de estados financieros.

Caso 3. Auditoría de cuentas consolidadas: ajustes e indicaciones en el informe del auditor.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

PROYECCIÓN DE LOS ESTADOS CONTABLES DE UNA EMPRESA INDUSTRIAL

ENUNCIADO

«FACESA» (Fabricación de Componentes Electrónicos, SA) es una empresa en proceso de creación. El grupo promotor de dicha sociedad desea preparar los estados financieros previsibles referidos al primer año de actividad y estimar sus necesidades de liquidez. Suponga que los cálculos se realizan al inicio del ejercicio y para el año en que se inicia la actividad, que denominaremos año 1.

Estimaciones e informaciones disponibles:

- Aportación inicial de los accionistas: 3.000.000 de euros.
- Ventas esperadas del año: 60.000 unidades por un importe total de 9.900.000 euros.
- Costes estimados. Cada unidad terminada supone incurrir en los siguientes costes:
 - Materias primas: 40 euros.
 - Mano de obra directa: 37,2 euros.
- Costes estimados anuales, que se pagarán en su totalidad:
 - Alquiler de las naves industriales: 180.000 euros.
 - Otros costes indirectos: 300.000 euros.
 - Gastos de administración: 1.440.000 euros.
- Inversión estimada al final del ejercicio económico en activos circulantes:
 - Materias primas: 500.000 euros.
 - Productos en curso, el equivalente a 2.500 unidades terminadas valoradas al coste de producción.
 - Productos terminados: 12.500 unidades valoradas al coste de producción.
 - Crédito concedido a clientes: 1.650.000 euros (2 meses de ventas).
- La deuda con los proveedores de materias primas asciende a fin de año a 437.500 euros (1,5 meses de compras de materias primas).

- Deben adquirirse, al contado y al inicio del ejercicio, equipos electrónicos de alta precisión por un montante aproximado de 5.000.000 de euros. Su vida útil se estima en 10 años y se amortizarán linealmente.
- Una entidad financiera prestará al inicio del ejercicio 3.000.000 de euros al 8 por 100 nominal anual. Los intereses se liquidarán por trimestres vencidos y el plazo de amortización será de tres años, devolviendo un millón al final de cada año (primer pago el 31 de diciembre del año 1).
- El tipo del impuesto sobre beneficios es el 30 por 100. La cuota resultante se pagará íntegramente en el año siguiente.

SE PIDE:

- a) Coste de producción anual y valoración de los inventarios al final del año 1.
- b) Cuenta de resultados previsible correspondiente al año 1.
- c) Cálculo del efectivo disponible al término del año 1.
- d) Balance de situación previsible al final del año 1.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

A) COSTE DE LA PRODUCCIÓN ANUAL Y VALORACIÓN DE LOS INVENTARIOS AL FINAL DEL AÑO 1

El criterio de valoración contable de las existencias lo encontramos en la norma 10.^a del Plan General de Contabilidad (PGC) 07. En ella se establece como criterio de valoración el coste de las mismas, ya sea este el precio de adquisición o coste de producción. Entiende el PGC que deben formar parte del coste de producción tanto los costes directos incurridos en la fabricación de las existencias como la parte de los costes indirectos que razonablemente corresponda imputar a la producción de las mismas.

Norma de registro y valoración (NRV) 10.^a 1.2. Coste de producción

«El coste de producción se **determinará añadiendo al precio de adquisición de las materias primas** y otras materias consumibles los **costes directamente imputables** al producto. También deberá añadirse la **parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputa-**

bles a los productos de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al periodo de fabricación, elaboración o construcción, en los que se haya incurrido al ubicarlos para su venta y se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción.»

Como dato del ejercicio tenemos la estimación del coste unitario por materias primas y mano de obra (40 y 37,2 euros respectivamente), por lo que los costes directos unitarios de la unidad producida serán de 77,2 euros por unidad producida.

No se tiene la cifra de la producción estimada del ejercicio, sin embargo con los datos del ejercicio puede calcularse. Se sabe que las ventas esperadas del ejercicio son de 60.000 unidades. Estimándose que las unidades terminadas en almacén al final del mismo en 12.500 unidades. La producción en curso estimada es de 2.500 unidades, a las que se les espera haber incorporado todos los costes (según dice el enunciado se encuentran valoradas al coste de producción, lo que supone haber imputado el 100% de los costes a pesar de encontrarse en fase de producción). Si sumamos las tres cifras (la producción vendida, la terminada que permanece en almacén y la producción en curso) obtenemos que la producción del ejercicio asciende a 75.000 unidades.

En cuanto a los costes indirectos se deberán considerar los que, según la norma 10.^a, corresponda imputar razonablemente al producto. Se entiende que en este caso cabría imputar razonablemente a la producción los costes de arrendamientos del ejercicio y el resto de costes indirectos que da el ejercicio, sin que pueda entenderse como coste imputable los gastos de administración. Se han adquirido unos equipos electrónicos a comienzo del ejercicio, por lo que el coste reconocido de amortización a lo largo del ejercicio (500.000 euros) debe considerarse como un mayor coste de la producción.

Partida	
Materias primas (75.000×40)	3.000.000
Mano de obra ($75.000 \times 37,2$)	2.790.000
Total costes directos ($75.000 \times 77,2$)	5.790.000
Alquileres	180.000
Otros costes indirectos	300.000
Amortización	500.000
Total costes indirectos	980.000
Total coste de la producción	6.770.000

Sabiendo que la producción estimada del ejercicio es de 75.000 unidades el coste estimado por unidad será de 90,27 euros por unidad.

Valor de los productos terminados ($12.500 \text{ ud} \times 90,27 \text{ €/ud}$)..... 1.128.375 €

Valor de la producción en curso ($2.500 \text{ ud} \times 90,27 \text{ €/ud}$) 225.675 €

B) CUENTA DE RESULTADOS PREVISIBLE CORRESPONDIENTE AL AÑO 1

El modelo de cuenta de resultados empleado es el reflejado en el PGC.

A. OPERACIONES CONTINUADAS	
1. Importe neto de la cifra de negocios	
a) Ventas	9.900.000
2. Variación de existencias de productos terminados y en curso	1.354.050
4. Aprovisionamientos	(3.000.000)
6. Gastos del personal	(2.790.000)
7. Otros gastos de explotación	
Alquileres	(180.000)
Otros costes indirectos	(300.000)
Gastos de administración	(1.440.000)
8. Amortización del inmovilizado	(500.000)
A.1) Resultado de explotación	3.044.050
13. Gastos financieros	(240.000)
A.2) Resultados financieros	(240.000)
A.3) Resultado antes de impuestos	2.804.050
17. Impuesto sobre beneficios	(841.215)
A.5) Resultado del ejercicio	1.962.835

C) CÁLCULO DEL EFECTIVO DISPONIBLE CORRESPONDIENTE AL TÉRMINO DEL AÑO 1

Las ventas estimadas del ejercicio son de 9.900.000 euros, sin embargo se estima que el saldo de clientes al cierre del ejercicio sea de 1.650.000 euros, lo que supone que únicamente se cobrarán 8.250.000 euros de las mismas (9.900.000 – 1.650.000).

No se tiene como dato del ejemplo el importe de las compras, sin embargo de la información del enunciado se puede obtener esa cifra. Se sabe que las materias primas incorporadas a la producción era de 3.000.000 (40 €/ud × 75.000 ud), y que las materias primas que se estima permanezcan en almacén al final del ejercicio tendrán un coste de 500.000, por lo que las compras del ejercicio serán de 3.500.000 euros. Sin embargo no todas las compras se pagan, ya que según el enunciado las compras de los 1,5 últimos meses (por un importe de 437.500 euros) aún no se han desembolsado, por lo

que los pagos de compras de mercaderías serían de 3.062.500 euros (3.000.000 + 500.000 – 437.500).

Flujos de efectivo de las actividades de explotación	237.500
Cobros por ventas (9.900.000 – 1.650.000)	8.250.000
Pagos por compras (3.000.000 + 500.000 – 437.500)	(3.062.500)
Sueldos y salarios	(2.790.000)
Alquileres	(180.000)
Costes indirectos	(300.000)
Gastos de administración	(1.440.000)
Gastos financieros	(240.000)
Flujos de efectivo de las actividades de inversión	(5.000.000)
Adquisición del grupo eléctrico	(5.000.000)
Flujos de efectivo de las actividades de financiación	5.000.000
Aportaciones de los socios	3.000.000
Préstamo bancario	3.000.000
Amortización de préstamos	(1.000.000)
Efectivo al comienzo del ejercicio	0
Efectivo al final del ejercicio	237.500

D) BALANCE DE SITUACIÓN PREVISIBLE AL FINAL DEL AÑO 1

Se adopta el modelo del PGC.

Activo	
A) Activo no corriente	4.500.000
II. Inmovilizado material	
Grupos electrónicos	4.500.000
B) Activo corriente	3.741.550
II. Existencias	
2. Materias primas y otros aprovisionamientos	500.000
3. Productos en curso	225.675
4. Productos terminados	1.128.375
	.../...

Activo	
.../...	
III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar	
1. Clientes por ventas	1.650.000
VII. Efectivo y otros activos líquidos	237.500
Total activo	8.421.550
Patrimonio neto y pasivo	
A) PATRIMONIO NETO	4.962.835
I. Capital	3.000.000
VII. Resultado del ejercicio	1.962.835
B) PASIVO NO CORRIENTE	2.000.000
II. Deudas a largo plazo	
2. Deudas con entidades de crédito	2.000.000
C) PASIVO CORRIENTE	1.278.715
V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar	
1. Proveedores	437.500
5. Pasivos por impuestos corrientes	841.215
Total patrimonio neto y pasivo	8.241.550

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

ANÁLISIS COMPARATIVO DE ESTADOS FINANCIEROS

ENUNCIADO

A continuación se presentan los estados financieros de las sociedades «ARGA» y «JALÓN» referidos al último ejercicio contable cerrado [cifras en unidades monetarias (u.m.)]. Ambas sociedades se crearon en la misma fecha y desarrollan su actividad en el mismo sector económico.

BALANCES DE SITUACIÓN				
	«ARGA, SA»	% s/ T. Balance	«JALÓN, SA»	% s/ T. Balance
Activo				
Inmovilizado material neto	8.500	53,5	8.100	62,8
.../...				

BALANCES DE SITUACIÓN				
	«ARGA, SA»	% s/ T. Balance	«JALÓN, SA»	% s/ T. Balance
.../...				
Existencias comerciales	3.400	21,4	2.200	17,0
Clientes y efectos comerciales a cobrar	2.150	13,5	1.700	13,2
Efectivo y otros activos líquidos equivalentes	1.850	11,6	900	7,0
Total activo	15.900	100,0	12.900	100,0
Pasivo				
Capital social	7.000	44,0	3.000	23,2
Reservas	1.500	9,4	815	6,3
Resultado del ejercicio	2.100	13,2	1.785	13,8
Préstamo bancario a largo plazo	3.000	18,9	5.000	38,8
Proveedores y efectos comerciales a pagar	1.500	9,4	1.400	10,9
Gastos pendientes de pago	800	5,1	900	7,0
Total pasivo	15.900	100,0	12.900	100,0

ESTADOS DE RESULTADOS				
	«ARGA, SA»	% s/Vtas.	«JALÓN, SA»	% s/Vtas.
Ventas netas	30.500	100,0	28.000	100,0
Coste de ventas	14.000	45,9	13.500	48,2
Margen comercial	16.500	54,1	14.500	51,8
Otros gastos de explotación	10.400	34,1	9.000	32,1
Amortizaciones	2.800	9,2	2.400	8,6
Resultado antes de intereses e impuestos	3.300	10,8	3.100	11,1
Gastos financieros	300	1,0	550	2,0
Resultado antes de impuestos	3.000	9,8	2.550	9,1
Impuesto sobre beneficios (30%)	900	3,0	765	2,7
Resultado del ejercicio	2.100	6,9	1.785	6,4

Otros datos	«ARGA, SA»	«JALÓN, SA»
Número de acciones en circulación	200	200
Dividendo por acción (propuesta de distribución)	4 u.m.	2 u.m.
Precio de mercado por acción	120 u.m.	115 u.m.

SE PIDE:

Interpretando la información anterior y calculando los ratios u otros indicadores que estime adecuados, exprese su opinión sobre los siguientes aspectos:

- a) Situación financiera a corto plazo. Si usted fuese un importante proveedor de ambas sociedades, ¿a qué empresa concedería crédito a corto plazo? Argumente su respuesta.
- b) Estructura financiera, rentabilidad económica, rentabilidad financiera y apalancamiento.
- c) Calcule el PER, el *pay-out* y el ratio precio/valor contable de ambas sociedades. ¿En cuál de ellas recomendaría usted invertir a un potencial accionista? ¿Por qué?
- d) ¿Cómo calificaría el estilo de gestión (agresivo o conservador) de cada una de estas sociedades? Argumente su respuesta.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

A) SITUACIÓN FINANCIERA A CORTO PLAZO. SI USTED FUESE UN IMPORTANTE PROVEEDOR DE AMBAS SOCIEDADES, ¿A QUÉ EMPRESA CONCEDERÍA CRÉDITO A CORTO PLAZO? ARGUMENTE SU RESPUESTA

Se procede al estudio de la liquidez, si se hace mediante instrumentos estáticos, la situación es la siguiente:

Ratios de liquidez	«ARGA»	«JALÓN»
Activo corriente/Pasivo corriente	3,21	2,08
(Activo corriente – Existencias)/Pasivo corriente	1,73	1,13
Efectivo/Pasivo corriente	0,80	0,39

Del análisis estático de la liquidez mediante ratios se observa que la sociedad «ARGA» presenta mayor volumen de recursos a corto plazo y, por tanto, una situación menos tensionada y más relajada a la hora de renovar o satisfacer los pagos de sus pasivos a corto plazo que la sociedad «JALÓN». Esta situación previa se da no solo en el ámbito de elementos corrientes sino también si se excluyen las partidas realizables e incluso exigibles del balance.

Desde el punto de vista de la liquidez inmediata, la tesorería de «ARGA» sería suficiente para satisfacer el 80 por 100 del volumen debido a proveedores, por el contrario la tesorería de «JALÓN» únicamente cubriría la mitad, es decir, el 39 por 100.

Si estudiamos la liquidez con instrumentos dinámicos, como es el estudio de los flujos, y en concreto del sumatorio del beneficio neto más las amortizaciones, siendo una medida de los recursos generados en el desarrollo de su actividad, obtenemos conclusiones similares a las manifestadas con la instrumentación estática.

<i>Cash-flow bruto</i>	«ARGA»	«JALÓN»
Beneficio neto	2.100	1.785
Amortización	2.800	2.400
Total	4.900	4.185

Un proveedor importante de ambas sociedades, tras el estudio de la liquidez realizada, concedería créditos a corto plazo antes a la sociedad «ARGA» que a la sociedad «JALÓN», ya que la primera sociedad presenta un volumen mayor de activos corrientes, exigibles y disponibles con relación a sus obligaciones a corto plazo, además de generar un mayor volumen de recursos. Por tanto, se podría afirmar que la sociedad «ARGA» no debe de estar expuesta a tensiones de liquidez.

No obstante, la situación de liquidez de «JALÓN», aunque peor que la que se desprende de la sociedad «ARGA» tampoco parece que deba de generar tensiones a corto plazo, lo que habría que preguntarse si la sociedad «ARGA» no estará teniendo recursos ociosos al mantener unos ratios de liquidez tan elevados, con el coste de oportunidad que ello podría originar.

B) ESTRUCTURA FINANCIERA, RENTABILIDAD ECONÓMICA, RENTABILIDAD FINANCIERA Y APALANCAMIENTO

Ratios de estructura financiera	«ARGA»	«JALÓN»
Patrimonio neto/Total activo	0,66	0,43
Patrimonio neto/Activo no corriente	1,24	0,69
(Patrimonio neto + Pasivo no corriente)/Activo no corriente	1,60	1,30

La estructura financiera de «ARGA» descansa en un menor recurso a la financiación ajena, por lo que presenta unas cifras de solvencia superiores a las de «JALÓN». El patrimonio neto de la sociedad «ARGA» es superior a su activo no corriente, lo que significa que parte del activo corriente ha sido financiado por la sociedad con patrimonio neto, lo que pone de manifiesto una estructura financiera muy prudente y estable. Por su parte, la estructura de «JALÓN» resulta también estable, pues financia la totalidad del activo no corriente con recursos permanentes, si bien mantiene menos patrimonio neto. Por consiguiente, la sociedad «JALÓN» tiene más recursos ajenos que fondos propios y «ARGA» al revés, por lo que esta última es más solvente.

Ratios de rentabilidad	«ARGA»	«JALÓN»
Rentabilidad económica (BN + GF × (1 - t)/(PN + Deuda) ¹	18,4%	22,35%
Margen bruto (BAII/VENTAS)	10,8%	11,1%
Rotación de activos (Ventas/AT)	1,92	2,17
Rentabilidad financiera (BN/PN)	22% ²	37,92% ³
Apalancamiento (Deuda/PN)	50%	130%
Coste de la deuda (Gasto financiero/Total deuda)	10%	11%
¹ El beneficio se incluye totalmente en el numerador pero se incluye la mitad en el denominador, ya que se entienden que los recursos obtenidos por el beneficio se generan regularmente a lo largo de todo el año y, por tanto, son fuentes de financiación para el beneficio posterior a su generación. ² «ARGA»: $18,4\% + (18,4\% - 10\% \times 0,7\%) \times 0,314\% = 18,4\% - 7\% \times 0,314\% = 22\%$ ³ «JALÓN»: $22,35\% + (22,35\% - 11\% \times 0,7\%) \times 106,2\% = 22,35\% + 14,65\% \times 106,2\% = 37,92\%$		

La rentabilidad económica de ambas sociedades es elevada, siendo superior la de «JALÓN» que la de «ARGA». Esto se debe tanto al uso más eficiente de sus inversiones, aspecto que se observa por la mayor rotación de sus activos, como a la mejor comercialización de sus productos, aspecto que se observa con el mayor volumen del margen bruto. Todo ello a pesar de que los resultados y márgenes de la cuenta de resultados comparándolos con la cifra de ventas son más favorables los de «ARGA» que los de «JALÓN».

La rentabilidad financiera es elevada en «JALÓN» y «ARGA», siendo mucho mayor en «JALÓN» que en «ARGA». Este mayor tamaño se explica principalmente por dos motivos, primero, por el mayor rendimiento obtenido en el desarrollo de la actividad de «JALÓN» frente a «ARGA» y, segundo, por el mayor efecto positivo del apalancamiento financiero en «JALÓN» que en «ARGA». Este mayor efecto positivo del apalancamiento financiero no se debe a la diferencia entre la rentabilidad económica y el coste de la deuda sino al mayor grado de riesgo financiero de «JALÓN» frente a «ARGA», es decir, al mayor endeudamiento. Así en los dos casos la rentabilidad económica es superior al coste de la deuda, lo que supone que cuanto más apalancada se encuentre la sociedad mayor será la rentabilidad financiera. En el caso de la sociedad «ARGA» el ratio de apalancamiento era del 50 por 100, mientras que en la sociedad «JALÓN» casi triplicaba ese importe, siendo de 130 por 100. Ese elevado apalancamiento conjuntamente con la mayor rentabilidad económica es lo que explica las diferencias de rentabilidad financiera entre ambas sociedades.

El coste de la deuda es algo superior en «JALÓN», sin embargo no parece que se deba a que le estén aplicando una prima de riesgo más elevada en la financiación, sino a que en la sociedad «JALÓN» el componente a largo plazo dentro de la deuda tiene un mayor peso que en la sociedad «ARGA».

Si se relacionan los tres componentes comentados (rentabilidad económica, rentabilidad financiera y apalancamiento financiero):

$$R_f = R_e + [R_e - i(1 - t)] \times D/PN$$

Siendo:

- Rf: rentabilidad financiera.
- Re: rentabilidad económica.
- i: coste de la deuda.
- D/PN: apalancamiento (deuda/patrimonio neto).
- t: tipo fiscal medio.

Ratios	«ARGA»	«JALÓN»
Rentabilidad económica $[BN + GF \times (1 - t)/(PN + Deuda)]$	18,4%	22,35%
Rentabilidad financiera (BN/PN)	22%	37,92%
Apalancamiento (Deuda/PN)	31,4%	106,2%
Coste de la deuda $[(Gasto financiero/Total deuda) = i]$	10%	11%

Se puede ver en las fórmulas anteriores que mientras que en la sociedad «ARGA» el efecto del apalancamiento es el incremento de un 3,6 por 100 en la rentabilidad financiera considerando el impacto fiscal, para el caso de la sociedad «JALÓN» el incremento de la rentabilidad financiera, después de impuestos, supone el apalancamiento es de un 15,57 por 100. Por lo que, además de la mayor rentabilidad económica, es ese apalancamiento lo que explica las diferencias de rentabilidad entre ambas sociedades.

En definitiva, sociedad «ARGA» menos riesgo financiero menos rentabilidad, sociedad «JALÓN» más riesgo financiero más rentabilidad.

C) CALCULE EL PER, EL PAY-OUT Y EL RATIO PRECIO/VALOR CONTABLE DE AMBAS SOCIEDADES. ¿EN CUÁL DE ELLAS RECOMENDARÍA USTED INVERTIR A UN POTENCIAL ACCIONISTA? ¿POR QUÉ?

Ratios de mercado	«ARGA»	«JALÓN»
PER (<i>Price/earning ratio</i>)	11,42	12,88
<i>Pay-out</i> (dividendo/resultado)	38%	22,4%
Precio/valor contable	2,26	4,10

Todos los ratios anteriores se podrían catalogar como ratios bursátiles, el PER relaciona el precio con el beneficio. Tiene doble lectura, por un lado, es la confianza que otorga el mercado al correspondiente título y, por otro lado, es el tiempo que tarda un inversor en recuperar su inversión vía beneficios. Por ello cuanto mayor PER más confianza del mercado en el título pero simultánea-

mente más tarda el inversor en recuperar su inversión. No obstante, se debe ser cauteloso a la hora de sacar conclusiones del análisis de los ratios, ya que en ocasiones un mismo ratio puede dar cabida a interpretaciones diferentes. En el caso de los ratios de PER una de las indicaciones de valores bajos pueden ser que las acciones se encuentren «baratas», ya que los fundamentales de la sociedad debieran justificar cotizaciones más elevadas. Sin embargo otro análisis que se le puede dar a ratios bajos de PER es una desconfianza por parte del mercado a la recurrencia de los beneficios de la sociedad (denominador del ratio). Del mismo modo en la sociedad «JALÓN» una cifra elevada del ratio PER puede ser debida, no tanto a que la acción se encuentre cara, como a que el mercado esté descontando beneficios futuros de oportunidades de negocios que aún no se hayan materializado en las cuentas de resultados del pasado ejercicio.

Por otro lado, el *pay-out* es la tasa de reparto del beneficio vía dividendos, por tanto cuanto más alta sea esta tasa antes recupera el inversor su inversión vía liquidez.

Y por último, está el ratio que relaciona el precio con el valor contable que indica las perspectivas de revalorización o devaluación del valor contable de la sociedad. Igual cautela debemos tener al analizar estos ratios de *book to market*, ya que la única explicación de las diferencias no tiene por qué ser el hecho de que una acción se encuentra más o menos cara que la otra. La primera limitación que encontramos al ratio es que se calcula en base a los datos contables de las sociedades, siendo en ocasiones poco comparable las cifras contables que surjan. Puede haber plusvalías no identificadas en alguna de las sociedades, debido a activos reconocidos a coste histórico o a activos que no hayan podido reconocerse con base en los criterios contables (como algunos activos intangibles generados por la propia empresa).

No olvidemos que el mercado pagará por las sociedades, no el valor de su patrimonio y menos aún el valor contable de su patrimonio, sino el valor actual de los flujos que espera recibir con esa inversión.

Conclusión: ¿en cuál de ellas recomendaría usted invertir a un potencial accionista? ¿Por qué? Depende del perfil de riesgo del accionista, si la finalidad del potencial accionista es el de especular y obtener resultados lo antes posible, se aconsejaría la compra de acciones de la sociedad «ARGA», porque teniendo en cuenta los tres ratios precedentes la recuperación de su inversión vía beneficios será antes, reparte un mayor porcentaje de beneficios no siendo necesario su venta para recuperar parte de la inversión y, por último, el valor contable está más en consonancia con su valor de mercado. Mientras que si el accionista tiene como finalidad realizar una inversión permanente comprará la sociedad «JALÓN», ya que aunque el plazo de la recuperación de la inversión vía beneficios es mayor, el porcentaje de reparto de beneficios es menor, presenta un potencial de crecimiento no contabilizado mucho mayor.

D) ¿CÓMO CALIFICARÍA EL ESTILO DE GESTIÓN (AGRESIVO O CONSERVADOR) DE CADA UNA DE ESTAS SOCIEDADES? ARGUMENTE SU RESPUESTA

La gestión desplegada por la sociedad «ARGA» debe considerarse más conservadora que la de «JALÓN».

En el caso de «ARGA» la situación de liquidez es más holgada independientemente del instrumento que utilicemos de liquidez. El recurso a la financiación ajena también es más prudente (menos porcentaje) en la sociedad «ARGA», presentando unas cifras de solvencia más abultadas que en la sociedad «JALÓN».

En el caso de la sociedad «JALÓN» los ratios de liquidez y solvencia son más bajos que en la sociedad «ARGA» pero también parecen aceptables, sin embargo esta gestión, aunque más agresiva, no se sabe si llega a ser «imprudente» o más eficiente, ya que de la información que se da no se puede afirmar cuáles son los ratios de liquidez y solvencia óptimos de una sociedad de este sector. Puede que esos excesos de liquidez y solvencia que presenta la sociedad «ARGA» sean recursos ociosos, lo que restará eficiencia a la gestión de la sociedad. Y más aún observando los ratios bursátiles de las mismas.

Sorprende por ejemplo que el efectivo en el caso de la sociedad «ARGA» adopte un nivel cercano a la deuda a corto plazo, pudiendo la empresa pagar por adelantado parte de las deudas y obtener un descuento, de modo que rentabilizase esos recursos ociosos.

Tampoco se sabe si esas cifras elevadas de solvencia son óptimas o excesivas para operar en este sector, o si por el contrario la sociedad podría apalancarse de modo que incrementase su rentabilidad financiera o devolviese aportaciones a los socios.

Puede que la estructura de la sociedad «JALÓN» sea la más adecuada para operar, ya que le permitiría obtener cifras de rentabilidad financiera más elevadas sin asumir riesgos excesivos. De hecho la valoración que realiza el mercado de la sociedad «JALÓN» es superior a la de la sociedad «ARGA», lo que parece avalar la posibilidad de que la empresa «ARGA» se encuentre mal gestionada y esas elevadas cifras de solvencia y liquidez no se trate más que de recursos ociosos inmovilizados en la sociedad, sufriendo los accionistas el coste de oportunidad que supone no emplearlos en una finalidad más rentable.

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

AUDITORÍA DE CUENTAS CONSOLIDADAS: AJUSTES E INDICACIONES EN EL INFORME DEL AUDITOR

ENUNCIADO

«GRUPO, SA» es la sociedad matriz de un grupo consolidable. La firma auditora «AUDITORES UNIDOS, SL» ha auditado las cuentas anuales consolidadas de dicho grupo del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2006. En su informe recoge la siguiente afirmación:

«En nuestra opinión, las cuentas anuales consolidadas adjuntas del ejercicio 2006 no expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del grupo "GRUPO, SA" como consecuencia de las tres salvedades que a continuación se reseñan:

1) "GRUPO, SA" considera a la sociedad "B, SA" como asociada, al tener únicamente una participación del 40 por 100 de su capital, y por lo tanto se ha integrado en sus estados consolidados por el método de la participación o de puesta en equivalencia. De esta relación de los miembros del Consejo de Administración de "B, SA" se desprende que esta es controlada por "GRUPO, SA".

2) "GRUPO, SA" tiene, desde hace dos años, una participación del 80 por 100 en la sociedad "F, SA", domiciliada fuera del territorio español, cuyos estados financieros no han sido consolidados.

3) Por último, "GRUPO, SA" tiene una participación del 80 por 100 en la sociedad "H, SA", domiciliada en el territorio español, cuyos estados financieros no han sido consolidados.

Según se indica en las notas a), b) y c) el efecto de considerar los anteriores hechos provocaría que...»

Información obtenida de los papeles de trabajo de «AUDITORES UNIDOS» en relación con las tres salvedades indicadas:

1) Primera salvedad. El coste de la participación en «B, SA», registrado en los estados individuales de «GRUPO, SA», fue de 10.000 euros, que se corresponde con el valor teórico contable de la participación en el momento de la adquisición.

Neto patrimonial de «B, SA» al 31 de diciembre de 2006, en euros:

- Capital social 20.000
- Reservas 45.000
- Ajustes por valoración 10.000
- Resultados del ejercicio 10.000

2) Segunda salvedad. En la sociedad «GRUPO, SA» la participación en «F, SA» figura por 8.000 u.m. de la divisa del país en el que esta sociedad opera, importe que los gestores de «GRUPO, SA» convierten en euros, moneda funcional del grupo, al tipo de cambio que proceda según Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), al preparar las cuentas individuales de «GRUPO, SA». La adquisición, realizada el 31 de diciembre de 2004, no originó fondo de comercio.

Balance de la filial «F, SA» al 31 de diciembre de 2006 nominado en moneda extranjera (u.m.):

Activo		Pasivo	
Inmovilizado material	10.000	Capital social	10.000
Resto activos (clientes a corto plazo)	400.000	Reservas	20.000
		.../...	

Activo		Pasivo	
.../...		Pérdidas y ganancias	15.000
		Acreedores a corto plazo	365.000
Total activo	410.000	Total pasivo	410.000

Los tipos de cambio que se han registrado en el mercado han sido los siguientes (1 u.m. igual al importe en euros que se indica):

Cambio en la fecha de adquisición de la participación (31-12-2004)	1,5 €
Cambio vigente al 31-12-2005	2,1 €
Cambio vigente al 30-06-2006	2,2 €
Cambio vigente al 31-12-2006	2,5 €
Cambio medio del año 2004	1,8 €
Cambio medio del año 2005	2,0 €
Cambio medio del año 2006	2,3 €

3) Tercera salvedad. El 31 de diciembre de 2005, «GRUPO, SA» adquirió el 60 por 100 de «H, SA» por un importe de 20.000 euros, consiguiendo el control de esta sociedad. Posteriormente, el 31 de diciembre de 2006 adquirió otro 20 por 100 de la citada sociedad por un importe de 10.000 euros. Los balances resumidos de «H, SA» en ambas fechas eran los siguientes, en euros:

	31-12-2005		31-12-2006	
	Valor contable	Valor razonable	Valor contable	Valor razonable
Terrenos	10.000	19.000	10.000	19.000
Cuentas a cobrar	6.000	6.000	11.000	11.000
Total activo	16.000		21.000	
Capital y reservas	14.000		16.000	
Resultados	2.000		5.000	
Total pasivo	16.000		21.000	

SE PIDE:

Prescindiendo de consideraciones de índole fiscal:

- a) Presente el asiento de ajuste que presumiblemente se hizo para consolidar la participación en la sociedad «B», el ajuste que debió hacerse e indique la información que el auditor debería reflejar en su informe.
- b) Elabore el asiento de eliminación inversión-fondos propios por la participación en la sociedad «F» e indique la información que el auditor debería reflejar en su informe.
- c) Formule el asiento de eliminación inversión-fondos propios por la participación en la sociedad «H» e indique la información que el auditor debería reflejar en su informe.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

A) PRESENTE EL ASIENTO DE AJUSTE QUE PREVISIBLEMENTE SE HIZO PARA CONSOLIDAR LA PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD «B», EL AJUSTE QUE DEBIÓ HACERSE E INDIQUE LA INFORMACIÓN QUE EL AUDITOR DEBERÍA REFLEJAR EN SU INFORME

Siguiendo la normativa del Real Decreto 1159/2010 de elaboración de las cuentas anuales consolidadas.

Según el enunciado el «GRUPO, SA» al no rebasar el umbral del 50 por 100 que se establece en la norma de consolidación como presunción de control consideró que no ejercía control sobre la sociedad, considerando que únicamente ejercía una influencia significativa en la sociedad, por lo que valoró su participación mediante el procedimiento de puesta en equivalencia.

La participación se adquirió por un importe de 10.000 euros, coincidiendo en ese momento el coste de la adquisición con el valor teórico contable de la participación, por lo que el total del patrimonio neto en la sociedad al momento de la adquisición ascendía a 25.000 euros (entendemos que 20.000 de capital social y 5.000 de reservas ¹). Por lo que se le debe atribuir a «GRUPO, SA» el incremento en reservas desde el momento de la adquisición (de las 5.000 adquiridas a las 45.000 actuales) como reservas en sociedades puestas en equivalencia. Los ajustes de valoración que ha registrado la sociedad «B, SA» también se deben atribuir a «GRUPO, SA» en las cuentas consolidadas del grupo.

¹ Desconocemos cuál era la composición del patrimonio neto al momento de la adquisición por lo que hemos supuesto que todo el patrimonio neto que no se correspondía con capital social era debido a reservas de la sociedad. Sin embargo esa no es la única distribución posible, pudiendo deberse parte del patrimonio neto a ajustes de valoración. La distribución entre los distintos componentes de patrimonio neto no es indiferente a la hora de realizar la valoración en puesta en equivalencia, o integración global, ya que en función de que los incrementos de patrimonio neto se deban a resultados generados por la sociedad en ejercicios previos que incrementen el saldo de reservas o ajustes de valoración por ingresos imputados a patrimonio neto alterará el ajuste de eliminación de inversión-patrimonio neto, ya que esas variaciones deberán reconocerse según su naturaleza en las cuentas consolidadas del grupo.

Cuentas	Debe	Haber
Participación puesta en equivalencia	34.000	
Participaciones en empresas del grupo, «B»		10.000
Reservas en sociedades puestas en equivalencia		16.000
Ajustes por valoración		4.000
Participación en beneficios sociedades puestas en equivalencia		4.000

Sin embargo, ostentar más del 50 por 100 no se establece en la norma de consolidación como una de las condiciones necesarias para entender que se da el control sobre una sociedad, sino que es solo una mera presunción, cabiendo situaciones en las que sin llegar a ese porcentaje de participación quepa entender que se da una situación de control. En nuestro caso a pesar de no tener la mayoría de los derechos de voto parece que se da una situación de control, evidenciada por la relación de los miembros del Consejo de Administración. Por lo que el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto que debería haber realizado para integrar globalmente la sociedad «B, SA» debería haber sido:

Cuentas	Debe	Haber
Capital social	20.000	
Reservas	45.000	
Ajustes de valoración	10.000	
Participación en empresas del grupo, «B»		10.000
Reservas en sociedades consolidadas		16.000
Ajustes de valoración		4.000
Socios externos $[(20.000 + 45.000 + 10.000) \times 0,6]$		45.000

Cuentas de balance	Debe	Haber
Resultado del ejercicio («B»)	10.000	
Resultado del ejercicio atribuido al grupo		4.000
Resultado del ejercicio atribuido a socios externos		6.000

El auditor debe reflejar en su informe claramente cuáles son los criterios para considerar que la sociedad está controlada y no es influencia significativa. Además, deberá indicar los ajustes necesarios para la corrección de las cuentas anuales de consolidación, así reflejará: «Que la sociedad "B" se integra por integración global produciendo un aumento de los activos y de los pasivos de "B" y del patrimonio neto derivado del incremento de los socios externos, las pérdidas y ganancias de socios externos y las reservas de sociedades consolidadas. Todo ello siempre que cumplan el principio de materialidad».

B) ELABORE EL ASIENTO DE ELIMINACIÓN INVERSIÓN-FONDOS PROPIOS POR LA PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD «F» E INDIQUE LA INFORMACIÓN QUE EL AUDITOR DEBERÍA REFLEJAR EN SU INFORME

Siguiendo la normativa del Real Decreto 1159/2010 de elaboración de las cuentas anuales consolidadas, así como lo establecido en la NIC 21.

«NIC 21.

39. Los resultados y la situación financiera de una entidad cuya moneda funcional no se corresponda con la moneda de una economía hiperinflacionaria, se convertirán a la moneda de presentación, en caso de que esta fuese diferente, utilizando los siguientes procedimientos:

(a) los **activos y pasivos** de cada uno de los balances presentados (es decir, incluyendo las cifras comparativas), **se convertirán al tipo de cambio de cierre** de la fecha de ese estado de situación financiera;

(b) los **ingresos y gastos** de cada estado del resultado global o cuenta de resultados separada presentada (es decir, incluyendo las cifras comparativas), se convertirán a los **tipos de cambio en la fecha de cada transacción**; y

(c) todas las **diferencias de cambio** que se produzcan como resultado de lo anterior, se reconocerán en **otro resultado global**.»

Activo		Pasivo	
Inmovilizado material (400.000 × 2,5)	1.000.000	Capital social (10.000 × 1,5)	15.000
Resto activos (10.000 × 2,5)	25.000	Reservas (20.000 × 2)	40.000
		Pérdidas y ganancias (15.000 × 2,3)	34.500
		Diferencias de conversión	23.000
		Acreedores a corto plazo (365.000 × 2,5)	912.500
Total activo	1.025.000	Total patrimonio neto y pasivo	1.025.000

Cuentas	Debe	Haber
Capital social	15.000	
Reservas	40.000	
Diferencias de conversión participaciones en empresas del grupo	23.000	
Participaciones en empresas del grupo		12.000
Reservas en sociedades consolidadas		32.000
Diferencias de conversión		18.400
Socios externos		15.600

El auditor debe reflejar en su informe claramente cuáles son los criterios para considerar que la sociedad está controlada y se debe integrar por integración global, previa conversión de sus cuentas en euros. Además, deberá indicar los ajustes necesarios para la corrección de las cuentas anuales de consolidación, así reflejará: «Que la sociedad "F" se integra por integración global produciendo un aumento de los activos y de los pasivos de "F" y del patrimonio neto derivado del incremento de los socios externos, las pérdidas y ganancias de socios externos y las reservas de sociedades consolidadas. Todo ello siempre que cumpla el principio de materialidad».

C) FORMULE EL ASIENTO DE ELIMINACIÓN INVERSIÓN-FONDOS PROPIOS POR LA PARTICIPACIÓN EN LA SOCIEDAD «H» E INDIQUE LA INFORMACIÓN QUE EL AUDITOR DEBERÍA REFLEJAR EN SU INFORME

Siguiendo la normativa del Real Decreto 1159/2010 de elaboración de las cuentas anuales consolidadas.

Con la adquisición del 60 por 100 de la participación el 31 de diciembre de 2005 se consigue el control de la sociedad «H, SA». Es en ese momento en el que debemos aplicar el método de adquisición y calcular las diferencias de primera consolidación

Coste de la combinación	20.000
Patrimonio neto adquirido [$60\% \times 16.000$]	9.600
Plusvalías adquiridas [$60\% \times (19.000 - 10.000)$]	5.400
Diferencia (fondo de comercio)	5.000

Asiento de eliminación inversión-fondos propios:

Cuentas	Debe	Haber
Capital y reservas	14.000	
Resultados	2.000	
Terrenos	9.000	
Fondo de comercio	5.000	
Participación en empresas del grupo		20.000
Socios externos		10.000

A 31 de diciembre de 2006 «GRUPO, SA» ha incrementado su participación en la sociedad «H, SA». El enfoque entidad que adopta el nuevo modelo de consolidación implica considerar a los socios externos como patrimonio neto, en lugar de pasivo, por lo que las operaciones con los socios

externos se asimilarán a las operaciones realizadas con instrumentos de patrimonio propio. En este sentido se pronuncian las normas de consolidación:

«Artículo 29. *Modificación de la participación sin pérdida del control.*

1. Una vez que se ha obtenido el control, las operaciones posteriores que den lugar a la **modificación de la participación** de la sociedad dominante en la sociedad dependiente, sin que, en caso de reducción, supongan una pérdida de control, **se considerarán en las cuentas consolidadas como una operación con títulos de patrimonio propio.**»

De modo que las diferencias que puedan entre el coste de la participación y el importe por el que aparecían valorados los socios externos adquiridos se reconocerá con cargo a reservas de la sociedad dominante.

Importe de socios externos adquiridos:

Capital y reservas (20% × 16.000)	3.200
Plusvalías atribuidas (20% × 9.000)	1.800
Resultado a atribuir (20% × 5.000)	1.000
Total	6.000

Otro modo de llegar a la cifra de socios externos adquiridos sería haber partido del valor que tenían reconocido en libros al cierre del ejercicio anterior los socios externos (la mitad de los 10.000 euros que habíamos reconocido) y atribuirle su participación en los resultados de este ejercicio (1.000 €). Al haberse adquirido parte del resultado (los 1.000 euros que corresponden a la participación adquirida a los socios externos) se debe dar de baja esa cantidad en el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto.

Cuentas	Debe	Haber
Capital y reservas	16.000	
Terrenos	9.000	
Fondo de comercio	5.000	
Resultado del ejercicio («H»)	1.000	
Reservas	4.000	
Participación en empresas del grupo		30.000
Socios externos		5.000

Al atribuir el resultado del ejercicio hay que tener en cuenta que 1.000 euros han sido objeto de eliminación previamente por haber sido adquiridos a lo largo del ejercicio. De modo que solo restará atribuir el resultado entre el grupo y los socios externos en función de sus participaciones relativas (60% y 20%, respectivamente).

Cuentas	Debe	Haber
Resultado del ejercicio («H»)	4.000	
Resultado atribuido al grupo		3.000
Resultado atribuido a socios externos		1.000

El auditor debe reflejar en su informe claramente cuáles son los criterios para considerar que la sociedad está controlada y se debe integrar por integración global. Además, deberá indicar los ajustes necesarios para la corrección de las cuentas anuales de consolidación, así reflejará: «Que la sociedad "H" se integra por integración global produciendo un aumento de los activos y de los pasivos de "H" y del patrimonio neto derivado del incremento de los socios externos, las pérdidas y ganancias de socios externos y las reservas de sociedades consolidadas. Todo ello siempre que cumpla el principio de materialidad».

Recensiones Bibliográficas

El gobierno de la economía en la Constitución Europea. Crisis e indeterminación institucional

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2011, 172 págs.

Una de las principales virtudes de la breve monografía que comentamos en esta recensión es que deja, al lector interesado en los temas que se abordan en la misma, con ganas de continuar profundizando en los problemas que aquejan a la economía y las formas e instrumentos adoptados en nuestro entorno para lograr superarlos con éxito; sin que ello tenga que suponer el desprecio deliberado o la renuncia inconsciente hacia los más elementales procedimientos democráticos consagrados, hace tiempo, para que el papel de los Parlamentos, en la toma de decisiones financieras, sea verdaderamente relevante.

El libro de Josu DE MIGUEL BÁRCENA, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, se deja leer con gran facilidad, colaborando en ello no solo su extensión, sino sobre todo porque el catálogo de cuestiones que van apareciendo, a lo largo de sus páginas, se trata con una claridad y rigor expositivo loables; algo que no siempre se encuentra en las obras jurídicas y, menos aún, en las que tienen que lidiar con la tediosa y burocrática estructura del ordenamiento de las instituciones comunitarias.

Por otra parte, la rabiosa actualidad que supone el tratamiento de los diversos mecanismos de *gobernanza económica* salta a la vista. Apenas unos meses han transcurrido desde que, en el ámbito doméstico, se aprobara una reforma del artículo 135 de la Constitución, con la intención de afrontar la pérdida de confianza de los mercados, paliando nuestra particular crisis fiscal, y esa *enmienda constitucional* ha palidecido tras las numerosas medidas adoptadas, de manera contemporánea y con posterioridad, por la Unión Europea; aunque de la más emblemática, constituida por el «Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria», firmado en Bruselas el 12 de marzo pasado, se haya dado el descuelgue momentáneo del Reino Unido y la República Checa.

Desde la perspectiva de las relaciones entre la Economía, el Derecho y la Política, el libro del profesor MIGUEL BÁRCENA explica los orígenes y la actualidad de la crisis de la Unión Europea, cuyo ordenamiento aparece, como él mismo señala, «cada vez más inaprensible y que se encamina a la realización pragmática del ideal de un mercado libre, habitado por individuos preferentemente apolíticos». No es esta, desde luego, la perspectiva que adopta el autor, quien valoriza críticamente la importancia de la estructura constitucional para entender los cambios contemporáneos en el contexto europeo.

Frente a la función directiva de la política económica que ejercen otros gobiernos, la «compleja relojería institucional europea» parece haber quedado superada por los acontecimientos, en-

comendándose al trazado predeterminado por el eje franco-alemán. Las disfuncionalidades e indeterminaciones de las instituciones comunitarias favorecen el hecho constatable de que el gobierno económico europeo se encuentra todavía en un limbo jurídico-político.

El libro que comentamos se estructura en ocho capítulos. El primero sirve al autor para realizar una rápida introducción al objeto de estudio, siguiendo luego con una aproximación metodológica al concepto de «Constitución Económica Europea» que se ha ido construyendo, preferentemente, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; lo que supone, como afirma el autor, que la construcción ha carecido de un fundamento social y cultural de legitimación homogéneo y, por lo tanto, con escasa presencia de elementos democráticos.

Pero la crisis desdibuja los límites de separación entre las Constituciones nacionales y los Tratados comunitarios, favoreciendo una suerte de excepción político-económica en la que se sumen los Estados que han padecido con mayor severidad las sucesivas (des)calificaciones de las agencias de *rating*, quedando articulado entonces, el gobierno de la economía en Europa, a través de fórmulas competenciales híbridas, de coordinación abierta, gobernanza y predominio del *soft law*. Paradójicamente, esto no está suponiendo ninguna flexibilidad en la mecánica aplicación del principio de estabilidad presupuestaria, despolitización de la política monetaria e impulso de las llamadas reformas estructurales supervisadas desde el Consejo Europeo, el Eurogrupo y el Banco Central Europeo.

En el capítulo tercero se repasa la primera fase del gobierno económico comunitario, que situaría el «mercado común» como principal objetivo del Tratado de Roma, y en la que se configuraron las relaciones constitucionales entre los Estados miembros, que se ocuparían de las políticas socioeconómicas, y la Unión Europea, que construiría el mercado. Después vendría la crisis macroeconómica de la década de los setenta del pasado siglo, que puso en cuestión ese reparto y el propio proceso de integración y la posterior ruptura de esa *Constitución Económica dualista* a partir del Acta Única Europea (1986), el Tratado de Maastricht (1992) y, finalmente, el Tratado de Ámsterdam (1997), con el «corolario lógico (de) un proyecto de integración monetaria destinado a proporcionar estabilidad macroeconómica, a través de la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros».

El sistema competencial de la Unión Europea en materia económica ha variado con la crisis que vivimos actualmente y, como se señala en la obra, los conceptos de coordinación, supervisión, orientación y definición, han cobrado un significado nuevo. Y así, lo que podría juzgarse como extralimitaciones competenciales comunitarias, sobre la base del sistema inicialmente configurado, resulta la tónica presente, yendo en detrimento de las potestades estatales.

El profesor MIGUEL BÁRCENA ilustra acerca de los tres niveles de intervención comunitaria sobre la materia económica: 1.º Las competencias exclusivas de la Unión Europea (unión aduanera, competencia, mercado interior, política monetaria, comercial y celebración de acuerdos internacionales) que conforman el núcleo duro de la Constitución Económica Europea; 2.º Las competencias compartidas o concurrentes que tienen también carácter normativo, y 3.º Las competencias de coordinación o no regulativas sobre las políticas sociales, económicas y de empleo.

Después se advierten las carencias del proceso de integración europea, respecto de los de federalización estatal, y se indica que la paradoja del modelo europeo es que «mientras la dimensión dis-

ciplinante de la dirección macroeconómica cuenta con un utillaje de lo más variado, los instrumentos de gobierno, que deberían permitir alcanzar los objetivos de las orientaciones de política económica a través de la fiscalidad, el sector público o el endeudamiento, son débiles cuando no inexistentes». Ello no hace sino potenciar la indeterminación institucional, «que no solo fomenta una actuación irresponsable del poder político en el marco de la constitución económica integrada, sino que cercena cualquier posibilidad de crecimiento debido a la insuficiencia de mecanismos de gobierno que desde la escala europea pudieran articular medidas más allá del cuidado del mercado y la estabilidad monetaria».

Ya en el capítulo quinto, se contraponen el modelo de gobierno de la economía en los Estados de bienestar y el de gobernanza económica supranacional efectuado en la Unión Europea. El primero «propició la racionalización parlamentaria y el reforzamiento de los ejecutivos con el objetivo de facilitar toda una serie de medios normativos para medir el rendimiento económico, controlar los flujos económicos en las fronteras, fijar los agregados macroeconómicos como la inflación, el empleo y el crecimiento como objetivos de la gestión económica, y crear la infraestructura para el desarrollo económico nacional». Para ello se sirvió del impulso presupuestario, las políticas fiscales, la expansión del sector público y la articulación de políticas monetarias y de endeudamiento.

La gobernanza surge como respuesta a los problemas de *governabilidad* y riesgos de crisis fiscal generalizada, consecuencia de la *estatalización de la sociedad*, proponiendo la reconstrucción de la teoría clásica del gobierno con fórmulas de elaboración, ejecución y control de las políticas públicas provenientes del denominado *experimentalismo democrático*. Se impone ahora una redefinición de funciones estatales, maximizando los principios de eficacia, flexibilidad y especialización. La gobernanza, de tipo horizontal, debe «involucrar a todos aquellos intereses de los actores sociales, administrativos y empresariales, que dirigen y gestionan la sociedad y la economía. La función clave no es tanto la redistribución de recursos, como la regulación del riesgo social y político, lo que implica la formalización de un proceso decisorio dirigido a la solución de problemas y que debe de tener en cuenta la simbiosis entre los poderes públicos y los privados». En el ámbito europeo, la gobernanza cumple la función de *indirizzo politico* que ejercían antes las instituciones nacionales, solo que con importantes diferencias y habiendo conducido, el fortalecimiento de las instancias supranacionales, a una centralización de las decisiones que pone en tela de juicio los términos tradicionales de ejercicio del proceso democrático. La valoración de la *gobernanza sin gobierno*, como forma de gestionar el poder, resalta cómo se aflojan los lazos entre el Derecho y la imposición de su cumplimiento, acabando por diluir la responsabilidad política.

Se observan después los instrumentos de control jurídico y político para el mantenimiento de la estabilidad macroeconómica de la zona euro (política monetaria y Pacto de Estabilidad y Crecimiento) y de los medios de dirección de la política económica (Orientaciones Generales de Política Económica y Método Abierto de Coordinación).

Como señala el autor, la articulación de la política monetaria como una cooperación reforzada de los Estados miembros condujo a la primera fractura europea. Aquí se resalta también la posición institucional del Banco Central Europeo y las limitaciones marcadas en los Tratados comunitarios, subordinando su papel a la lucha contra la inflación.

Se estudia el proceso que llevó al Pacto de Estabilidad y Crecimiento y se critica la filosofía inherente a esta fórmula de coordinación que, inspirándose en la teoría de los marcos fiscales, «bus-

ca una deliberada limitación de la soberanía parlamentaria en materia presupuestaria y responde a un presunto defecto de los sistemas democráticos: su espontánea inclinación, como resultado de la competencia por el voto, a gastar más de lo que ingresan e incurrir en déficits presupuestarios crónicos». También se objeta el papel decisorio, en un *círculo cerrado*, que desempeñan múltiples instituciones comunitarias (Comisión, Consejo, Eurogrupo...) y el olvido del Parlamento Europeo en relación con este instrumento, que está absorbiendo las competencias presupuestarias y fiscales de los Estados miembros y que tiene un impacto indudable también en la *Constitución territorial* en algunos casos (Bélgica, Italia, España).

La última parte del trabajo, antes de ofrecer unas sucintas conclusiones, pasa revista a las *mutaciones constitucionales* desencadenadas por la gestión que viene realizándose de la crisis financiera y a la reforma de la gobernanza económica europea, que se plasma en el aumento de control de los productos financieros, el endurecimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y su régimen sancionador, la constitucionalización de un fondo de rescate y la articulación de una nueva estrategia socioeconómica para el conjunto de los Estados miembros. Respondiendo a la misma filosofía está el «Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria» que debería llevar a un proceso de unificación material de las Constituciones nacionales para consagrar la «regla de oro» del equilibrio presupuestario, inédito en la historia de la Unión Europea y a pesar de que, como recuerda MIGUEL BÁRCENA, la economía se resista a ser administrada con simples reglas jurídicas.

Miguel Ángel Martínez Lago