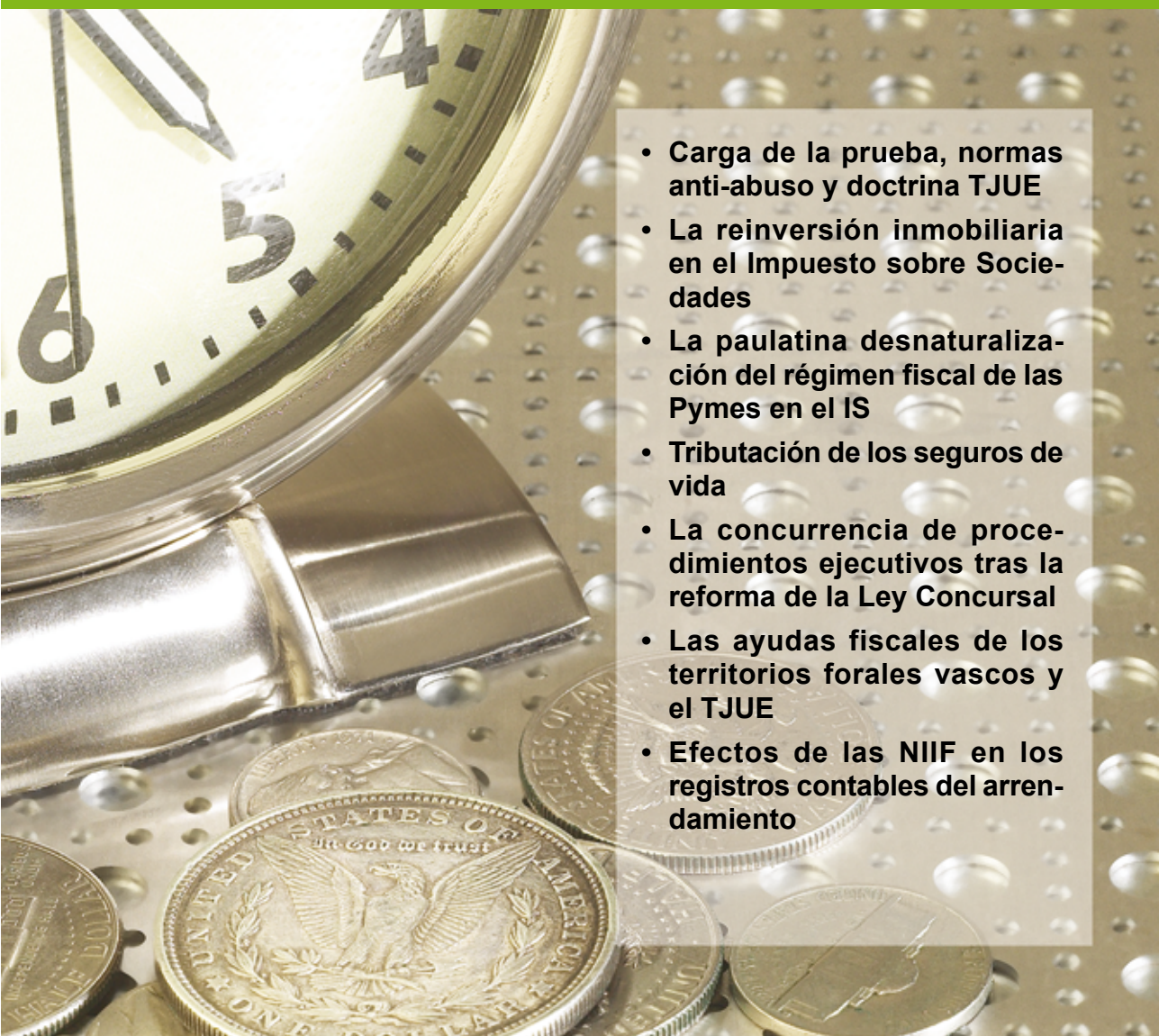




- **Carga de la prueba, normas anti-abuso y doctrina TJUE**
- **La reinversión inmobiliaria en el Impuesto sobre Sociedades**
- **La paulatina desnaturalización del régimen fiscal de las Pymes en el IS**
- **Tributación de los seguros de vida**
- **La concurrencia de procedimientos ejecutivos tras la reforma de la Ley Concursal**
- **Las ayudas fiscales de los territorios forales vascos y el TJUE**
- **Efectos de las NIIF en los registros contables del arrendamiento**

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

NOVIEMBRE 2011 – NÚMERO 344

DIRECTOR

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

COORDINADORES

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

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

CONSEJO ASESOR

Sotero Amador Fernández
Profesor de Contabilidad del CEF

Mario Alonso Ayala
Presidente de AUREN-ESPAÑA

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

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

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

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

Inocencio Carazo González
Socio Director de INSESA & Abogados

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

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

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

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

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

Alejandro Larriba Díaz-Zorita
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Vicerrector de la UDIMA

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

Juan Manuel Moral Calvo
Socio Sector Financiero de KPMG Abogados

Enrique Ortega Carballo
Socio Área Fiscal Gómez Acebo & Pombo Abogados

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

Eduardo Ramírez Medina
Socio de Cuatrecasas Abogados

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

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

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición electrónica: www.ceflegal.com

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

P.º Gral. Martínez Campos, 5 - 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Fax 915 938 861

Correo electrónico: info@cef.es

- EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

- IMPRIME:

Artes Gráficas Coyve, S.A.

C/ Destreza, 7

Polígono Industrial «Los Olivos»

28906 Getafe (Madrid)

- DEPÓSITO LEGAL: M-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A LOS DOS VOLUMENES (2011) 137,50 € (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 (2011) 76,93 € (IVA no incluido)

- NÚMEROS SUELTOS (cada volumen):

– Suscriptores 10,00 € (IVA no incluido)

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

En la página www.ceflegal.com encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su periodo de suscripción los podrá obtener de forma gratuita; los anteriores a su fecha de alta en el producto tendrán un descuento del 50%.

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

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

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

74/2011	La carga de la prueba en el Derecho Tributario: su aplicación en las normas tributarias anti-abuso y en la doctrina del TJUE.	5
ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011		
<i>(María Rodríguez-Bereijo León)</i>		
75/2011	Requisitos exigibles a los terrenos para aplicar la deducción por reinversión en el Impuesto sobre Sociedades.	51
<i>(Joan Pagès i Galtés y Pablo Navarro Fernández)</i>		
76/2011	La progresiva pérdida de identidad del régimen de las empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades.	89
<i>(Roberto Ignacio Fernández López)</i>		
77/2011	El seguro individual de ahorro es fiscalmente seguro. ¿Seguro? Pasado, presente y futuro en el IRPF.	121
<i>(Ricardo Jesús Ruiz Huerga)</i>		
78/2011	La concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores tras la reforma de la Ley Concursal.	161
<i>(Sabina de Miguel Arias)</i>		
79/2011	Las ayudas fiscales de los territorios forales vascos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	187
<i>(Jesús Félix García de Pablos)</i>		

CONTABILIDAD

80/2011	Efectos de las Normas Internacionales de Información Financiera en los registros contables del arrendatario.	207
ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011		
<i>(Carlos Sergio García Suárez)</i>		

ENTREGA DEL PREMIO «ESTUDIOS FINANCIEROS» 2011, CLAUSURA DEL CURSO ACADÉMICO 2010-2011 DEL CEF E INAUGURACIÓN DEL CURSO ACADÉMICO 2011-2012 DE LA UDIMA	265
--	-----

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

SUMMARY

Page

TAXATION

74/2011	The burden of proof on tax matters under Spanish general anti-abuse rules from an EU perspective.	5
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011 (<i>María Rodríguez-Bereijo León</i>)	
75/2011	Conditions applicable to the land to implement the deduction for reinvestment in the Income Tax.	51
	(<i>Joan Pagès i Galtés y Pablo Navarro Fernández</i>)	
76/2011	The progressive loss of identity of the regime of the small and medium companies in the Profits Tax.	89
	(<i>Roberto Ignacio Fernández López</i>)	
77/2011	Are you sure that individual insurance tax savings are safe? Income Tax: past, present and future.	121
	(<i>Ricardo Jesús Ruiz Huerga</i>)	
78/2011	Administrative enforcement proceedings and bankruptcy proceedings after the reform of the <i>Ley Concursal</i>	161
	(<i>Sabina de Miguel Arias</i>)	
79/2011	Fiscal aid Basque regional territories in light of the jurisprudence of the court of the European Union.	187
	(<i>Jesús Félix García de Pablos</i>)	

ACCOUNTING

80/2011	International Financial Reporting Standard's new approach for lessee's accounting.	207
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011 (<i>Carlos Sergio García Suárez</i>)	

«ESTUDIOS FINANCIEROS» AWARDS CEREMONY 2011, CLOSING OF CEF ACADEMIC YEAR 2010-2011 AND OFFICIAL OPENING OF UDIMA ACADEMIC YEAR 2011-2012	265
--	-----

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO TRIBUTARIO: SU APLICACIÓN EN LAS NORMAS TRIBUTARIAS ANTI-ABUSO Y EN LA DOCTRINA DEL TJUE

MARÍA RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN

Universidad Autónoma de Madrid

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

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

Extracto:

LA atribución de la carga de la prueba es una cuestión jurídica importante en materia tributaria y conviene precisar bien sus funciones jurídicas. En las controversias fiscales frente a los Tribunales, la carga de la prueba podría ser decisiva para resolver el caso. Pero además, la carga de la prueba es un instrumento estratégico en manos del legislador para inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados. Desde este punto de vista, se está empleando como parte de las estrategias normativas para combatir el abuso o fraude fiscal. Con frecuencia, en las situaciones de abuso que incluyen algún componente de extraterritorialidad, transacciones u operaciones transfronterizas, la carga de la prueba se invierte sobre el contribuyente. En el Derecho Europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) viene analizando los requisitos probatorios de las normas fiscales, con el objeto de que ello no imponga restricciones administrativas excesivas sobre los contribuyentes. Este trabajo se propone lo siguiente: (I) concretar los dos aspectos/funciones de la carga de la prueba en el Derecho Tributario; (II) analizar el reparto de la carga de la prueba en las normas tributarias anti-abuso nacionales y (III) examinar la compatibilidad de estas normas con el Derecho Europeo y la jurisprudencia del TJUE sobre la carga de la prueba en los asuntos fiscales.

Palabras clave: carga de la prueba, normas anti-abuso, libertades fundamentales, situaciones tributarias transfronterizas y Derecho Tributario de la Unión Europea.

THE BURDEN OF PROOF ON TAX MATERS UNDER SPANISH GENERAL ANTI-ABUSE RULES FROM AN EU PERSPECTIVE

MARÍA RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN

Universidad Autónoma de Madrid

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

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

Abstract:

How the burden of proof is allocated is an important issue in legal disputes concerning tax matters. Courts often hear tax cases in which the allocation of the burden of proof is an essential element for deciding the case. But national tax legislators also take a special interest in how the burden of proof is allocated. In abusive situations the burden of proof is often shifted to the taxpayer. This thereby strengthens the position of the tax administration. In Spanish tax law this can be identified in many special anti-abuse provisions in the context of cross-border situations/international transactions. In European tax cases, the European Court of Justice (ECJ) has held that when a taxpayer provides proof in a tax case, this may only take place on the assumption that the taxpayer is able to do so without encountering undue administrative constraints. The purpose of this work is: (I) To assess the functions of the burden of proof in tax law; (II) To study the division of the burden of proof in our general anti-abuse clauses and in Spanish main special anti-abuse provisions; (III) To compare the compatibility of these clauses from the burden of proof point of view with EU law and ECJ's jurisprudence.

Keywords: burden of proof, general anti-abuse clauses, specific anti-abuse clauses, cross-border transactions and European Union Tax Law.

Sumario

I. Las funciones jurídicas de la carga de la prueba.

II. Carga de la prueba y Derecho Tributario.

1. La carga de la prueba como regla de juicio y el *standard of proof* en el Derecho Tributario.
2. Las reglas de distribución de la carga de la prueba en el Ordenamiento Tributario.
3. La inversión de la carga de la prueba en las situaciones tributarias transfronterizas.

III. Carga de la prueba y normas tributarias anti-abuso.

1. La carga de la prueba en las normas generales anti-abuso de la LGT.
2. La carga de la prueba en las construcciones jurisprudenciales anti-abuso.
3. La carga de la prueba en las normas específicas anti-abuso del Derecho Tributario Internacional.

IV. La jurisprudencia del TJUE en relación con la carga de la prueba y sus implicaciones para el Derecho Tributario español.

1. La carga de la prueba en la construcción y aplicación de las normas tributarias anti-abuso.
2. La carga de la prueba ante el disfrute de deducciones o ventajas fiscales en situaciones transfronterizas y el recurso al intercambio de información fiscal entre los Estados.
3. La carga de la prueba en las *operaciones vinculadas*: el principio de proporcionalidad y la sentencia del TJUE en el caso *SGL*.

V. Reflexiones finales.

Bibliografía.

NOTA: El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación titulado «Perspectivas de la fiscalidad empresarial en la Unión Europea», cuya referencia es DER 2009-09413 y cuyo investigador principal es Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN.

I. LAS FUNCIONES JURÍDICAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La aplicación del derecho al caso concreto se produce bajo dos serios condicionamientos: la incertidumbre reinante en torno a cómo se han sucedido realmente los hechos en el pasado y la división de responsabilidades que el sistema jurídico impone en torno a la cuestión de a quién corresponde el trabajo de determinar cómo se han sucedido esos hechos ¹. La cuestión que se plantea ante los tribunales y órganos encargados de la aplicación del derecho no es, pues, una cuestión simple porque tampoco consiste simplemente en determinar lo que es justo, sino que a menudo se conjuga con la cuestión de depurar sobre quién recaía la responsabilidad de determinarlo. En un escenario presidido por estas condiciones de incertidumbre y división de responsabilidades, el concepto de carga de la prueba juega un papel muy importante porque precisamente señala al operador jurídico cuán seguro debe estar para alcanzar una decisión en un determinado ámbito jurídico y lo que debe pasar en el sistema jurídico si no se ha logrado alcanzar ese determinado grado de seguridad ². Se trata de dos aspectos separables en el plano teórico: para poder adoptar una decisión fundada el órgano encargado de la aplicación del derecho ha de adquirir un cierto grado de convicción sobre el acaecimiento de circunstancias o sucesos que no están a su disposición y para ello es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzarlo. Las reglas sobre la carga de la prueba comprenden ambos aspectos: por un lado, la determinación del umbral de certidumbre que requiere el órgano para satisfacer la pretensión y, por otro, la determinación de cuál de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, si no quiere sufrir una decisión adversa sobre el fondo del asunto ³. En el ámbito jurídico norteamericano ambos aspectos se analizan de forma independiente dentro de la genérica *burden of proof*, utilizando las expresiones de *standard of proof* o *burden of persuasion* para referirse al primero y las de *burden of production* o *burden of proof* en sentido estricto para referirse al segundo ⁴.

En Europa y en España esta distinción no se ha hecho con la misma nitidez, aunque puede apreciarse su correspondencia más o menos aproximada con los dos contenidos tradicionalmente asignados a la carga de la prueba por la doctrina procesal: como regla de juicio que el ordenamiento impone al juez para solucionar los supuestos de hecho incierto y como reglas de distribución de los

¹ Vid. SCHAUER, F.: *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press, 2009, pág. 219.

² SCHAUER, F.: *Thinking like a lawyer...*, cit., págs. 219-220.

³ Como lo expresa GÓMEZ POMAR, F.: «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», *InDret* 1/2001, pág. 5, disponible a través de www.inDret.

⁴ Vid. POSNER, R.: «An Economic Approach to the law of Evidence», *Stanford Law Review*, núm. 41/ 1999; DAVIS, M., «The value of Truth and the Optimal Standard of Proof in Legal Disputes», *J.L. Econ. & Org.* núm. 10/1994, y otra bibliografía citada por Fernando GÓMEZ POMAR, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva...», cit., pág. 5. Sobre esta distinción, véase también SCHAUER, F. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning...*, cit., págs. 219-224.

hechos a probar entre las partes. La regla de juicio se identifica, a su vez, con lo que tradicionalmente se ha denominado «carga material u objetiva de la prueba», que existe en todo tipo de procesos, y las reglas de distribución de la carga de la prueba con la llamada «carga formal o subjetiva de la prueba», que son las cargas probatorias que se imponen o deducen de esa regla de juicio y que solo existen en los procesos dispositivos y de aportación de parte ⁵.

El punto de partida para la carga de la prueba se sitúa en la duda del juez u órgano encargado de la aplicación del derecho en el momento de dictar resolución, cuando no ha logrado la certidumbre necesaria en torno al supuesto fáctico que debe enjuiciar, generalmente por insuficiencia probatoria. Pero ¿cuánto se necesita para poder considerar probado un hecho? Esto es lo que se ha denominado dosis de prueba, coeficiente de prueba o *standard of proof* en el derecho anglosajón, que es el nivel de evidencia necesaria para satisfacer la carga primaria de la prueba y esta es aquella que la ley atribuye a una de las partes ⁶. La determinación de este coeficiente de prueba está en relación con el tipo de ámbito procesal en que nos encontremos, pues en cada ámbito procesal opera un estándar diferente, en función de los valores jurídicos en juego. En el ámbito penal es sobradamente conocido el «*beyond-a-reasonable-doubt*» *standard* de la doctrina anglosajona, en cuya virtud no puede existir ninguna duda razonable o probabilidad prevalente de la culpabilidad del procesado ⁷. En el ámbito civil, en cambio, la doctrina anglosajona ha acuñado la regla de la *preponderance of the evidence* o *balance of probabilities*, que implica un sistema de pesos y contrapesos que aboca a un balance sobre cuál de las dos probabilidades representadas en las alegaciones de las partes tiene más peso. Es decir, que frente a lo que ocurre en el ámbito penal, donde el error de condenar a un inocente se considera mucho más grave que el de dejar en libertad al culpable, en los contextos civiles el error en la falta de compensación del demandante no es menos serio que el de determinar erróneamente sobre la responsabilidad del demandado. A igual consideración de los errores en una escala de valoración, el estándar de prueba seleccionado no es sino reflejo de esa igualdad bajo la que son vistas las posiciones de las partes en el ámbito civil ⁸.

La decisión final del órgano encargado de la aplicación del derecho no es, sin embargo, el único momento en que actúan las normas sobre la carga de la prueba, sino que como hemos explicado supra, estas pueden ser igualmente importantes para determinar el contenido de las varias decisiones anteriores que conducen al resultado final, distribuyendo la prueba de los hechos entre las partes a través de

⁵ Vid. ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin, 2.ª ed., IB deF, Montevideo-Buenos Aires, 2002, págs. 36 y ss.; MICHELI, G.A.: *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. II (trad. Sentís Melendo), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, pág. 200. En la doctrina procesalista más reciente, véanse entre otros SEOANE SPIELGEBERG, J.L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi, 2002, pág. 257; GARCÍA CUERVA, S.: «Las reglas generales del onus probandi» en LLUCH, X.A. y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch, 2007, págs. 55-56.

⁶ Vid. MUÑOZ SABATE, L.: *Fundamentos de la prueba judicial civil*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 169.

⁷ Ello requiere que el juez u órgano juzgador han de tener un alto grado de convencimiento en cuanto a la culpabilidad del procesado para condenarlo, que responde a uno de los dogmas jurídicos más aceptados y se remonta a la idea que expresara William Blackstone en 1769: «The Law holds, that is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer». BLACKSTONE, W.: *Commentaries* * 358. Según relata en su reciente libro F. SCHAUER, Blackstone no fue, sin embargo, el primero en expresar esta idea, pues ya John Fortescue había escrito en 1471: «I should, indeed, prefer twenty guilty men to escape through mercy, than one innocent to be condemned». Vid. SCHAUER, F. *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning...*, cit., pág. 221.

⁸ Vid. SCHAUER, F.: *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning...*, cit., pág. 222.

las llamadas reglas de distribución de la carga de la prueba, especialmente en los ámbitos regidos por el principio dispositivo. Esta función no es, desde luego, de menor importancia que la que representa la regla de juicio, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que *una adecuada y prudente distribución de la carga de la prueba es una de las instituciones más necesarias o por lo menos más deseables del orden jurídico*⁹. Es más, este aspecto de la distribución de la carga de la prueba es, quizá, el más relevante a pesar de que no tiene un carácter imperativo para las partes, sino meramente indicativo u orientativo, pues lo decisivo de la carga de la prueba es que se trata de un instrumento estratégico en manos del legislador y de los jueces y tribunales que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados¹⁰. Las normas sobre distribución de la carga de la prueba imponen a las partes una auténtica carga procesal, en el sentido del término acuñado por GOLDSCHIMDT, que lo definió con gran lucidez como «un imperativo del propio interés», a diferencia de los deberes, que siempre se presentan como imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad»¹¹. Son auténticas cargas y no obligaciones jurídicas por cuanto que su incumplimiento no determina la imposición de una sanción, sino el riesgo procesal de que sus pretensiones o resistencias no encuentren amparo en la resolución que ponga fin al conflicto. Por ello, si bien en general las partes son libres para proponer los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), en todo caso estarán estimuladas a procurar la prueba de los hechos sobre los cuales se cierne la carga en cuanto regla de juicio¹².

II. CARGA DE LA PRUEBA Y DERECHO TRIBUTARIO

1. La carga de la prueba como regla de juicio y el *standard of proof* en el Derecho Tributario

En nuestra opinión, no hay una diferencia conceptual entre la prueba civil o penal y la prueba tributaria¹³ y, por tanto, tampoco la hay en cuanto al concepto en sí de la carga de la prueba y sus funciones en el ámbito tributario. Sin embargo, sí es preciso situar los diferentes aspectos señalados de la carga de la prueba en el marco «decisional» tributario, donde los criterios de exigencia que rigen para dar por probados los hechos sí son distintos a los de estos ámbitos y por tanto las reglas sobre la carga de la prueba deberían reflejar esta distinción.

Con carácter general, el umbral de certidumbre o grado de convicción que viene requerido para aplicar la norma tributaria viene determinado por el principio de legalidad de la imposición que, al tiempo que garantiza la determinación legal de la deuda tributaria, debe asegurar que la imposición

⁹ WACH, ZEP, 29, 365. Vid. ROSENBERG, L.: *La carga de la prueba...*, cit., pág. 115.

¹⁰ GÓMEZ POMAR, F.: «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva...», cit., pág. 6, quien incluso afirma que «en relación con la carga de la prueba la preocupación del sistema jurídico no es académica, ni de epistemología de la función judicial, sino pragmática», como lo es en el resto de las materias. Su objetivo es el de regular comportamientos en el mundo real».

¹¹ GOLDSCHIMDT, J.: *Derecho Procesal Civil*, Prieto Castro traduct., Labor, Barcelona, 1936, pág. 203.

¹² Es la función estimulativa que CARNELUTTI reconociera a la carga de la prueba. Vid., CARNELUTTI, F., «Pruebas civiles y pruebas penales» en *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1952, pág. 107.

¹³ Como han sostenido, entre otros, SENTÍS MELENDO, S.: *La prueba*, Buenos Aires, EJE, 1979, pág. 10 o DEVIS ECHANDÍA, H.: *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, 5.ª ed., Buenos Aires, 1981, págs. 9-10. En este sentido, Vid. RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M.: *La prueba en Derecho Tributario*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 21.

deseada por la ley solo se aplique «cuando se den en la realidad los presupuestos de hecho (hechos imponible) previstos por la ley» y, por tanto, cuando se pruebe la realización de las circunstancias integrantes del hecho imponible¹⁴. En principio, pues, puede afirmarse que la carga primaria de la prueba, en tanto regla de juicio, la carga material u objetiva de la prueba, recae sobre la Administración Tributaria. Ello es también consecuencia de la presunción de certeza que rige en el Ordenamiento Tributario respecto de los datos y elementos de hecho suministrados por los contribuyentes en sus declaraciones o contestaciones a requerimientos de información exigidos por la Administración Tributaria¹⁵. Así, en el caso de que la Administración Tributaria proponga una liquidación adicional a la efectuada por el contribuyente debe justificar que la información suministrada por el contribuyente es incorrecta, incompleta o falsa, soportando la carga de la prueba tanto por lo que respecta a las rentas o ingresos como por lo que respecta a los gastos o costes que pueden minorar la tributación. Esto es válido, con carácter general, para los procedimientos de aplicación de los tributos.

Sin embargo, ello no permite sostener la vigencia para el ámbito tributario de un *standard* probatorio equiparable al del proceso penal, de tal forma que pueda afirmarse la vigencia de una especie de regla de *in dubio pro contribuens*, pues hacer recaer siempre el riesgo derivado de la falta de prueba sobre la Administración Tributaria supondría premiar a los sujetos remisos a colaborar¹⁶, frente a, como dijera el Tribunal Constitucional, «otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar»¹⁷. Para evitarlo, el Ordenamiento Tributario regula la posibilidad de recurrir a la estimación indirecta, en determinados casos en que la Administración Tributaria se encuentre ante una imposibilidad objetiva de determinar y fijar los hechos¹⁸. Puesto que la estimación es una solución de la mayoría de los ordenamientos fiscales para resolver determinadas situaciones de *non liquet*, al igual que lo son las reglas sobre la carga de la prueba, su presencia lo que hace es reducir el ámbito de actuación para las decisiones basadas en la carga de la prueba, como regla de juicio, que resulta ser así mucho menor que en el caso de las controversias civiles o penales. Por ello, aunque ha sido siempre muy discutida la naturaleza de la estimación indirecta y su correcta incardinación en el marco de la carga de la prueba o en el marco de la valoración de la prueba¹⁹, resulta evidente que la estimación complementa en el ámbito tributario a la carga de la prueba, como regla de juicio, pues cumple la misma función: señala al órgano decisor cuál ha de ser su *umbral de certidumbre* ante determinadas situaciones de oscuridad en los hechos que son imputables a los contribuyentes.

¹⁴ PALAO TABOADA, C.: «La prueba en el procedimiento de gestión tributaria», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, vol. II, IEF, Madrid, 1991, pág. 1.452. En este sentido también, RUIZ GARCÍA, J.R., *La liquidación en el ordenamiento tributario*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 157 y 203; PONT MESTRES, M.: «Comprobación y liquidación» en AA.VV., *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma (Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda)*, vol. II, IEF, Madrid, 1991, pág. 1.413. En la doctrina extranjera, OSTERLOH, L.: *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräumen bei der Anwendung der Steuergesetze*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, pág. 222; WITTMANN, R.: *Mitwirkungspflicht und Aufklärungspflicht in der AO*, *Steuer und Wirtschaft* 1/1987, pág. 36; TIPKE y LANG, *Steuerrecht*, 16.ª ed., Otto Schmidt, Köln, 1996, § 22, marg. 3; NIERHAUS, M.: *Beweislast und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*, München, 1989, pág. 259.

¹⁵ Vid. artículos 93, 94 y 108 de la LGT.

¹⁶ PALAO TABOADA, C.: «La prueba...», cit., pág. 1.454.

¹⁷ STC 76/1990, de 26 de abril, fundamento jurídico tercero (NFJ000802).

¹⁸ Vid. artículos 53 y 158 de la LGT y artículo 193 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, RGGI.

¹⁹ Vid. MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 34-35.

2. Las reglas de distribución de la carga de la prueba en el Ordenamiento Tributario

En cuanto a los criterios de distribución de la carga de la prueba, nuestro Ordenamiento Tributario establece en el artículo 105 de la Ley General Tributaria (LGT) una regla general de distribución de la carga de la prueba, que cabe interpretar en la línea del criterio general civilista propuesto por MICHELI, basado en el efecto jurídico pretendido por las partes con la acción ejercitada. Dice el artículo 105 de la LGT: «1. En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo. 2. Los obligados tributarios cumplirán su deber de probar si designan de modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración Tributaria».

Se trata de una regla legal que, como viene reconociendo nuestra jurisprudencia, impone a cada parte la prueba del hecho constitutivo de su pretensión, en términos afines a las tradicionales doctrinas civilistas, nacidas de los antiguos artículos 1.214 y siguientes del Código Civil y hoy recogidas con mayor precisión en el artículo 217. 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuya virtud corresponde al actor o demandado reconviniendo la carga de la prueba de los hechos constitutivos y al demandado o actor reconvenido la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Se trata de una distribución que ROSENBERG elaboró partiendo de una diferenciación jurídico material entre hechos constitutivos de la pretensión, favorables al actor y hechos impeditivos, favorables al que niega la pretensión, no exenta de problemas, por cuanto que la naturaleza de un hecho depende de múltiples factores: la posición procesal que ocupe la parte que lo alega, las pretensiones o las consecuencias jurídicas que las partes pretendan conseguir. Por ello, es difícil construir a partir de este criterio general reglas de distribución de la carga de la prueba totalmente generalizadas y abstractas y estas reglas vienen siendo completadas por la jurisprudencia con arreglo a criterios como los de la buena fe y la facilidad probatoria, que pueden llevar a una alteración o inversión de la carga de la prueba en el caso concreto ²⁰.

Esta regla general ha sido interpretada también de modo similar para el ámbito tributario, distinguiéndose entre hechos constitutivos y aumentadores de la obligación tributaria, por los que la carga de la prueba recaería, en principio, sobre el acreedor de la prestación tributaria, la Administración, y hechos que excluyen o minoran la obligación, por los que la prueba recaería en el obligado tributario ²¹. En la jurisprudencia, esta regla general se suele aplicar en combinación con el criterio de la facilidad probatoria, siendo habitual que para la Administración resulte más fácil probar la recepción o existencia de la renta y para el contribuyente la realidad o efectividad del gasto ²². Sin embargo, al igual que ocurre en el campo del derecho procesal civil es difícil construir a partir de esta regla general criterios de distribución de la carga de la prueba generalizados y abstractos.

Esta dificultad deriva fundamentalmente de dos razones: por un lado, la regla general de que quien quiera hacer valer un derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo, hace que la distribución de la carga de la prueba dependa fundamentalmente del derecho sustancial y no de la

²⁰ GARCÍA CUERVA, S.: «Las reglas generales del onus probandi...», cit., pág. 63.

²¹ Vid. HARTMANN, B.: «Beweiswürdigung und Beweislast...», cit., págs. 166 y 169; HERTER, W.: «Beweislast und Beweiswürdigung...», cit.; HEUER: «Die Beweislast im Steuerermittlungsverfahren und Steuersverfahren», en *Deutsche Steuer-Zeitung*, núm. 20, 1952, pág. 324; TIPKE y LANG: *Steuerrecht*, § 22, mg. 222. Entre nosotros, MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: *Presunciones y técnicas...*, cit., págs. 31-32; RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M.: *La prueba...*, cit., pág. 109.

²² Vid. STSJ de Castilla y León, de 25 de febrero de 1992 (NFJ001492) y STS de 11 de junio de 1998 (NFJ006776).

posición procesal de las partes ²³; por otro lado, los procedimientos tributarios se singularizan por varios factores que ejercen una notable influencia sobre todas las cuestiones de derecho probatorio y esto se proyecta también luego en el ulterior proceso judicial tributario. Estos factores son fundamentalmente dos: la vigencia, aunque sea matizada, de un principio inquisitivo en los procedimientos de aplicación de los tributos y la existencia de numerosas obligaciones formales que pesan sobre los contribuyentes deducidas de su deber general de colaboración con la Administración Tributaria ²⁴. Su influencia sobre la carga de la prueba es indudable y se refleja en varios aspectos. Así, fundamentalmente en virtud del principio inquisitivo, la prueba en las controversias tributarias no se hace depender de que las partes alcen o no una carga, sino que la existencia de un interés público legitima el deber de llevar a cabo, incluso de oficio, la actividad probatoria necesaria para reconstruir los hechos. Además, en el marco de los procedimientos tributarios, a excepción de los de imposición de sanciones, los contribuyentes están obligados en gran medida a colaborar si no quieren empeorar sustancialmente su situación procesal, aportando pruebas que justifiquen la exactitud de su declaración y, en la medida en que existan dudas, complementado sus aportaciones probatorias iniciales. Ello es consecuencia del deber general de colaboración con la Administración Tributaria que preside las relaciones entre Administración y contribuyentes ²⁵ y se traduce en la existencia de múltiples obligaciones formales de información y prueba a cargo de los contribuyentes ²⁶. Su preponderancia en el ámbito fiscal es tal que en cierto modo puede afirmarse que a través de ellos se lleva a cabo una distribución «encubierta» de la carga de la prueba, en el sentido formal o subjetivo del término ²⁷.

Estos factores marcan rotundamente las diferencias que revisten las controversias sobre los hechos en el ámbito tributario, frente a los ámbitos civil o penal y explican, por ejemplo, que la doctrina alemana haya propuesto completar la regla básica de la carga de la prueba con una teoría que trata de distribuir los riesgos probatorios en función de la esfera de responsabilidad de la que provenga la generación del riesgo probatorio y a quién es atribuible dicha responsabilidad, si a la Administración o al contribuyente ²⁸. A modo de síntesis, esta teoría proporciona cuatro reglas que desarrollan la regla general de distribución de la carga de la prueba del ámbito tributario, completando los resultados de una mera distinción entre circunstancias constitutivas o aumentadoras de la obligación tributaria y circunstancias impeditivas o excluyentes, así ²⁹:

Por lo que respecta a las circunstancias constitutivas o aumentadoras de la obligación tributaria:

²³ En este sentido también, MARINO, G.: «Brevi note sull'onere della prova nel diritto tributario internazionale», *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, vol. V, núm. 1/2008, pág. 223.

²⁴ Sobre ambos aspectos y su incidencia en la prueba, véase RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M.: *La prueba...*, cit., págs. 93 y ss. y bibliografía allí citada.

²⁵ Vid. PALAO TABOADA, C.: «La prueba...», cit., pág. 1.452.

²⁶ Sobre la incidencia del deber de colaboración en la formación de la prueba y las múltiples obligaciones formales reflejadas en el ordenamiento, véase RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M.: *La prueba...*, cit., pág. 109.

²⁷ Vid. MARTENS, J.: «Die eigenartige Beweislast im Steuerrecht», *Steuer und Wirtschaft* núm. 4/1981.

²⁸ Formulada por SEER, R.: *Verständigungen in Steuerverfahren*, Cologne, 1996, págs. 191 y ss. Aunque ya aparecen elementos de esta teoría en OSTERLOH, L.: *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräumen bei der Anwendung der Steuergesetze*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, págs. 277 y ss.

²⁹ Vid. SEER, R.: «The burden of proof- National Report: Germany», pág. 4, EATLP Conference, June, Uppsala, disponible en www.eatlp.org.

1. En aquellos casos en que la falta de prueba sea debida a una falta de colaboración del contribuyente, el riesgo de la prueba recae sobre el contribuyente. Para estos casos, el ordenamiento tributario hace posible la liquidación de la deuda tributaria basada en un menor rigor probatorio, a través de la estimación, que conduce a una forma especial de apreciación de la prueba. En estos casos, atribuir el riesgo derivado de la falta de prueba sobre la Administración Tributaria implicaría que esta se vería en la obligación de abstenerse de gravarlos ³⁰, con el consiguiente menoscabo para la equidad tributaria.
2. En los casos, en cambio, en que la falta de prueba no se deba a una falta de colaboración del contribuyente, el riesgo de la (falta) de prueba ha de recaer sobre la Administración Tributaria.

Por lo que respecta a los hechos que extinguen o minoran la obligación:

1. En aquellos casos en que la falta de prueba sea debida a la falta de colaboración del contribuyente, el riesgo de la prueba debe recaer en el contribuyente, en la medida en que no proporcione una evidencia suficiente de los hechos que conducen a una minoración de la deuda.
2. En los casos, en cambio, en que la falta de prueba no se deba a una falta de colaboración del contribuyente, es posible también aquí una liquidación basada en menores exigencias probatorias, mediante una mera de estimación de los costes y gastos, recayendo sobre la Administración Tributaria el riesgo de la prueba.

Se trata, en definitiva, de que el sujeto a quien se atribuye el riesgo derivado de la falta de prueba sea el mismo sujeto a quien es imputable, subjetiva u objetivamente, el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de prueba, en la medida o grado que venga exigido en cada caso. Este postulado de la imputabilidad del fracaso de la prueba, como presupuesto para una justa decisión basada en las reglas sobre la carga de la prueba, no deja de ser válido por el hecho de que el proceso se configure conforme al principio dispositivo o inquisitivo, de modo que es aplicable también cuando, como ocurre en los ámbitos regidos por el principio de investigación de oficio, a la carga de la prueba no le corresponda ninguna carga de aportación en sentido subjetivo ³¹.

3. La inversión de la carga de la prueba en las situaciones tributarias transfronterizas

No es completamente cierto, sin embargo, que en el Derecho Tributario a la carga de la prueba en tanto regla de juicio no le corresponda ninguna «carga de aportación» en el sentido subjetivo del término. Lo que ocurre es que en este ámbito jurídico esta atribución o distribución de la carga de la prueba se suele realizar a través de la incorporación a las normas tributarias de requisitos probatorios de carácter objetivo, que se establecen por el legislador como requisito imprescindible para obtener un determinado trato fiscal. Son frecuentes las normas fiscales que introducen en su supuesto de hecho una circunstancia fáctica, como la posesión de un justificante, un comprobante o un certificado fiscal, que, a priori, no pertenece al supuesto de hecho, pero que se coloca en el mismo lugar que otras circunstan-

³⁰ Como señala OSTERLOH, L.: *Gesetzesbindung...*, cit., pág. 241.

³¹ OSTERLOH, L.: *Gesetzesbindung...*, cit., pág. 245.

cias fácticas legales, de modo que la consecuencia jurídica de la norma se anuda también a ese hecho ³². Esto ocurre a menudo en relación con normas fiscales que establecen el disfrute de una deducción o de un beneficio fiscal, y con ello se facilita y alivia la labor del órgano encargado de la aplicación del derecho, que puede limitarse exclusivamente a la fijación del comprobante o justificante requerido ³³.

Otra forma habitual y muy frecuente de establecer normas específicas sobre la carga de la prueba en el ámbito tributario es a través de las presunciones legales, que son anteriores a la aplicación de la carga de la prueba como regla de juicio, pero están íntimamente relacionadas con la carga de la prueba, porque típicamente lo que hacen es establecer *quien* tiene la carga de la prueba, con independencia del grado de prueba o evidencia requerido para satisfacer dicha carga. Al mismo tiempo, las presunciones señalan cuáles serán las consecuencias de que la parte cargada con la carga de la prueba en un caso determinado no cumpla con ella, especificando: qué hechos habrán de ser tenidos por ciertos si la parte a quien corresponde la carga de la prueba no la satisface y qué otros hechos adicionales habrán de ser tenidos por ciertos si una de las partes prueba un hecho particular ³⁴.

El establecimiento de presunciones para actuar un reparto de la carga de la prueba se suele producir en relación con situaciones donde la prueba presenta dificultades y en donde a través del mecanismo de la presunción se alivia la investigación de la Administración desplazando o invirtiendo la carga de la prueba hacia el contribuyente. Esto ocurre muy a menudo en las situaciones tributarias en las que hay algún componente de ultraterritorialidad o cuando se regulan operaciones con personas o entidades localizadas en paraísos fiscales. La doctrina ya ha llamado la atención sobre la proliferación de este tipo de normas en que se invierte la carga de la prueba sobre el contribuyente, que son también habituales en ordenamientos fiscales de nuestro entorno ³⁵ y ello nos suscita dos tipos de reflexiones:

Una primera reflexión es que con ello se está poniendo de manifiesto una nueva «funcionalidad» de las normas sobre la carga de la prueba en relación con la construcción de normas fiscales anti-abuso. Es una funcionalidad que va mas allá del papel tradicionalmente asignado a las normas sobre la carga de la prueba, frecuentemente concebidas como normas de Derecho formal y resalta la profunda vinculación del tema de la carga de la prueba con el Derecho sustancial. En la medida en que aquí la atribución de la carga de la prueba se convierte en un elemento principal de la construcción de las norma anti-abuso, su empleo no puede ser ajeno a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con las normas anti-abuso y en relación con el establecimiento de requisitos probatorios adicionales para las situaciones que pueden ser consideradas potencialmente significativas de fraude o elusión fiscal internacional.

La segunda reflexión es que aunque la justificación de un diferente trato procesal para las situaciones domésticas y las internacionales está en la base del Derecho Tributario Internacional y deriva formalmente del principio de territorialidad, cabe plantearse si su justificación puede seguir mante-

³² Los «Gesetzliche Nachweispflichten» de que habla la doctrina alemana. *Vid.* NIERHAUS, M.: *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*, München, 1989, pág. 158.

³³ NIERHAUS, M.: *Beweismass und Beweislast...*, cit., pág. 158.

³⁴ SCHAUER, F.: *Thinking like a lawyer...*, cit., pág. 224.

³⁵ MARINO, G.: «Brevi note sull'onere della prova nel diritto tributario internazionale», *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, vol. V, núm. 1/2008, pág. 224.

niéndose *en todo caso* en los momentos actuales, considerando los avances (tímidos) en materia de asistencia administrativa mutua. A este respecto, el análisis de la jurisprudencia del TJUE plantea dudas al respecto. Por un lado, el TJUE ha excluido que pueda establecerse un régimen discriminatorio para las operaciones que posean una conexión transnacional cuando el fundamento principal de ese trato discriminatorio sean las dificultades de control fiscal de una operación debido a su carácter transfronterizo, en la medida en que los Estados miembros *pueden exigir al contribuyente las pruebas que consideren oportunas para aplicarles el «régimen general»*³⁶. Asimismo, el TJUE también señaló hace ya tiempo que los requisitos probatorios de las normas fiscales no pueden establecerse de forma discriminatoria o distinta según que la operación posea o no una conexión transfronteriza³⁷. Sin embargo, también es cierto que el TJUE ha admitido recientemente la posibilidad de una regulación diferenciada en el tratamiento de las operaciones vinculadas, en función de su carácter interno o internacional³⁸. Como veremos, en el principio de proporcionalidad parece estar la clave.

III. CARGA DE LA PRUEBA Y NORMAS TRIBUTARIAS ANTI-ABUSO

1. La carga de la prueba en las normas generales anti-abuso de la LGT

La LGT establece dos normas generales anti-abuso, una es la norma contenida en su artículo 15 y otra es la contenida en su artículo 16, que establecen dos mecanismos generales anti-abuso, que a pesar de tener perfiles cercanos en su configuración teórica, son distintos en cuanto a los presupuestos para su aplicación por parte de la Administración y en cuanto a sus consecuencias jurídicas para los contribuyentes. En la práctica, la distinción entre ambos expedientes normativos suele ser una ardua cuestión porque ambos casos se basan en la idea de que se ha utilizado para la operación que se quiere realizar una forma o configuración jurídica que no se corresponde con la finalidad perseguida por esta. En el artículo 15 esto se quiere combatir mediante un expediente basado en las figuras del fraude de ley o abuso en las posibilidades de configuración jurídica (*abuse du droit, fraus legis, abuse of rights*), hoy bajo el nombre de «conflicto en la aplicación de la norma». En el artículo 16 se consagra la figura de la simulación (*sham*)³⁹.

A este mecanismo general anti-abuso del artículo 15 de la LGT se le han señalado unos contornos muy similares a los de la cláusula general anti-abuso recogida en el § 42 de la Ordenanza Tribu-

³⁶ Casos *Bachmann*, C-204/90, 1992 y *Comision/Bélgica*, C-300/90, 1992. Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las normas antiparaiso fiscal españolas...», cit., pág. 68.

³⁷ Vid. STJUE caso *Vestergaard* (C-55/1998, NFJ009071). CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las normas antiparaiso fiscal españolas...», cit., pág. 68.

³⁸ Caso *SGI*, C-311/2008, STJUE de 21 de enero de 2010 (NFJ036705).

³⁹ En materia fiscal hay pocos temas que despierten tanta controversia y emoción como el tema del abuso o la elusión fiscal. Ello da lugar a un elenco amplísimo de expresiones para referirse al fenómeno y de técnicas normativas para combatirlo en el ámbito del derecho interno de los Estados. Precisamente, la falta de una única figura universalmente reconocida para combatir el abuso es una de las principales dificultades para luchar contra él en el Derecho Tributario Internacional. Véanse, al respecto, las conclusiones de J. SCHWARTZ al Congreso de la IFA celebrado en Kioto en 2007: SCHWARTZ, J.S.: «Abuse and EU Tax Law», *Bulletin for International Taxation*, vol. 62, núm. 7/2008, págs. 289-290.

taria alemana⁴⁰. La existencia del abuso se puede apreciar «cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias: a) que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, (b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios». De modo, pues, paralelo, al mecanismo en dos fases establecido en la norma alemana, la norma española basa su aplicación en un *sistema de carga de la prueba en dos pasos*⁴¹. En el primer paso, la Administración debe apreciar que los actos o negocios son notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, aportando las pruebas relativas a esta artificiosidad. En puridad, se tratará más bien de una justificación o motivación de esta «impropiedad» del negocio, puesto que esto es más bien una cuestión jurídica. El problema principal es determinar hasta cuándo o hasta dónde se puede entender que el negocio es «apropiado» al fin perseguido por el contribuyente y esto es una cuestión, más que de hecho, de interpretación jurídica. Ahora bien, si la Administración sostiene la impropiedad o artificiosidad del negocio, en un segundo paso, tiene la carga de probar que los actos o negocios no tienen «motivos económicos o jurídicos válidos», distintos del mero ahorro fiscal⁴².

Precisamente, uno de los aspectos que más se elogió con motivo de la introducción del artículo 15 en la LGT, fue su funcionamiento como mecanismo de atribución de la carga de la prueba, ya que en su virtud la Administración no deberá probar la existencia de una intención fraudulenta en el contribuyente, ni que el contribuyente tuvo ánimo de eludir el tributo, sino que concurren los «elementos esenciales» para poder considerar que una determinada operación o negocio ha sido abusivo⁴³. Así, es posible afirmar que la Administración sigue corriendo con la carga de la prueba de que el contribuyente ha tenido el propósito de eludir el pago del tributo, pero esto se trata de facilitar en la norma a través de la determinación de una serie de elementos o circunstancias objetivizadas, a través de las cuales se puede determinar la existencia del abuso:

- Que exista una ventaja fiscal para el contribuyente por la estructura de la operación que se ha adoptado.
- Que los actos o negocios realizados sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

⁴⁰ Vid. PALAO TABOADA, C.: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal» hoy recogido en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...*, cit., pág. 175; RUIZ ALMENDRAL, V.: *El fraude a la ley tributaria a examen*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 79.

⁴¹ En referencia a la norma alemana, véanse los Comentarios de K.D. DRÜEN al §42 de la Ordenanza Tributaria alemana, en TIPKE, K. y KRUSE, H.W.: *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Köln, T. I, 2010.

⁴² Con ello, se incorporan al ordenamiento español dos técnicas antifraude ya conocidas por el derecho anglosajón como la *substance over form* y el *business purpose test*, que además han de aplicarse de forma concurrente, tal como se hace en la jurisprudencia alemana, donde el análisis de los otros motivos de la operación es esencial para determinar si la forma es o no adecuada al fin perseguido por las partes. Esto es lógico, pues como ya señalara el profesor PALAO, lo que determina la existencia de un abuso o negocio realizado en fraude no puede ser solo el beneficio fiscal que se obtiene, sino la manera de obtenerlo, por las características intrínsecas del negocio. Vid. PALAO TABOADA, C.: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal...», cit., pág. 182.

⁴³ Vid. LÓPEZ TELLO, J.: «La cláusula antiabuso del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 2003, núm. 5, pág. 52; GARCÍA NOVOA, C.: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 370.

- Que la forma elegida para la operación no produzca efectos jurídicos o económicos relevantes más allá de la obtención de una ventaja tributaria.

Estos elementos o requisitos «objetivos» para la aplicación de la norma son una serie de indicios presuntivos de fraude, que pueden ser rebatidos por el contribuyente articulando prueba en contrario, por ejemplo, probando que la operación llevada a cabo fue genuina porque tuvo una racionalidad más allá de la obtención de la ventaja tributaria y un propósito comercial no artificioso ⁴⁴. Lo cierto, sin embargo, es que cabe preguntarse hasta qué punto se trata realmente de una «contraprueba» o, más bien, implica una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente, en la medida en que esta es la única prueba mediante la cual el contribuyente puede quedar exonerado de la presunción de fraude, que es probando las razones o «motivos económicos válidos» de la operación o negocio efectuado. De hecho, en Alemania se sostiene que ello conduce a una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente, que está justificada en la medida en que el proporcionar las pruebas para superar el «test del propósito negocial» pertenece a la esfera de responsabilidad del contribuyente ⁴⁵.

El otro tipo de cláusula general anti-abuso de nuestro Ordenamiento Tributario es la contenida en el artículo 16 de la LGT, que recoge una regla para corregir los efectos de la simulación en materia tributaria, disponiendo que: «1. En los actos o negocios en que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración Tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente» ⁴⁶.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en afirmar que la simulación que aquí se contempla coincide con la acepción técnico-jurídica de simulación, tal y como ha sido establecida en el derecho privado y debe entenderse en el sentido dado a la misma en la doctrina y jurisprudencia civiles ⁴⁷. Siguiendo esta postura mayoritaria, en los términos, hoy ya clásicos, de don Federico DE CASTRO Y BRAVO, la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial distinto, ya sea este contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa). En el primer

⁴⁴ En contra, sin embargo, SIMÓN ACOSTA, E.: «Del fraude de Ley al conflicto en la aplicación de las normas», en AA.VV., *Economía, Derecho y Tributación. Homenaje a Gloria Begué Cantón*, Universidad de Salamanca, 2005, pág. 834.

⁴⁵ Vid. DRÜEN, K.D.: Comentarios al §42 de la Ordenanza Tributaria Alemana, en TIPKE, K. y KRUSE, H.W.: *Abgabenordnung...*, cit.

⁴⁶ También con respecto a esta figura de la simulación se ha destacado su paralelismo con el parágrafo 41 de la Ordenanza tributaria alemana de 1977. Vid. ZORNOZA PÉREZ, J.: «La simulación en Derecho Tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.): *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 530.

⁴⁷ Vid. PÉREZ ROYO, F. y AGUALLO AVILÉS, A.: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*, Pamplona 1996, págs. 68 y ss.; ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.: «Simulación y levantamiento del velo en el ámbito tributario», *Tribuna Fiscal*, n.º 85, 1997, págs. 61 y ss.; ROSEMBUI, T.: *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*, 2.ª ed., Madrid, 1999, págs. 232-233; ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «La simulación en Derecho Tributario», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (BOICAM)*, núm. 16, 3.ª época, septiembre 2000, pág. 169 y ss. y también posteriormente en «La simulación en Derecho Tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.): *Tratado...*, cit., pág. 531.

caso, la declaración falsa no encubre otra cosa que la carencia de causa, mientras que en el segundo, la declaración falsa vendría a encubrir otro negocio, este sí con una causa verdadera, de modo que la simulación resultaría de una condición especial de la causa⁴⁸. La simulación descansa, pues, en la existencia de un pacto simulatorio y se produce normalmente a través del abuso del derecho y de las formas jurídicas con el propósito de desviar el fin típico o natural de un negocio jurídico (su *causa*) a otra finalidad indirecta y oculta. Lo que distingue a la simulación es la voluntad compartida por quienes tratan de encubrir una determinada realidad (anti)jurídica.

De acuerdo con esta concepción, han de concurrir en la simulación tres elementos: 1.º **Una expresión simulada**, es decir, el negocio o declaración de voluntad simulados que se exteriorizan o aparentan frente a los terceros; 2.º **El acuerdo o pacto de simular (*consilium simulationis*)** alcanzado entre las partes y que permanece oculto a los terceros; y 3.º **La intención o voluntad disimulada**, que solo conocen quienes toman parte en el acuerdo simulatorio y que puede ser la de crear la apariencia de un negocio al que realmente no se quiso dar vida, o la de encubrir otro negocio que se desea disimular⁴⁹.

Hay, por tanto, en la simulación una divergencia querida y deliberadamente provocada por las partes entre la que es su verdadera voluntad y su manifestación externa, con la finalidad de crear una apariencia jurídica que oculte a los terceros dicha voluntad. De modo que es inherente a la simulación la existencia de ocultación, pero puesto que es posible imaginar supuestos en que la ocultación pueda resultar legítima, se ha insistido en la importancia de que concurra el acuerdo simulatorio entre las partes para apreciar la existencia de simulación. Esto es, que exista una voluntad común a ambas partes sobre el carácter meramente aparente de las declaraciones de voluntad que realizan, hasta el punto de que sin la existencia de este pacto o voluntad común, no podría hablarse de simulación en sentido jurídico⁵⁰. Este es incluso, de acuerdo con un sector de la doctrina y la jurisprudencia, el elemento clave para distinguir entre las figuras de la simulación y el fraude de ley, de modo que la simulación es un problema de hecho, de prueba de la existencia del pacto simulatorio entre las partes, mientras que el fraude a la ley es una cuestión de calificación, es decir, de interpretación⁵¹.

La prueba adquiere, pues, una relevancia indudable en la figura de la simulación, máxime teniendo en cuenta que la Administración tiene la facultad de declarar por sí misma su existencia, sin necesidad de ejercitar la correspondiente acción ante los tribunales, en el curso del correspondiente

⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991, pág. 334; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1983, págs. 158-159.

⁴⁹ Vid. E. GÓMEZ CALLE, VOZ «Simulación», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid, 1995, págs. 6.217 y ss.

⁵⁰ Vid. ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «La simulación en Derecho Tributario», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (BOICAM)*..., cit., pág. 171. En este sentido también, HERRERA MOLINA, P.M. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: «El fraude a la ley tributaria en el derecho español», en SOLER ROCH, M.ª T y SERRANO ANTÓN, F.: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, IEF, 2002, pág. 43.

⁵¹ Vid. LÓPEZ MOLINO: «Los negocios en fraude de ley tributaria, los negocios simulados y los negocios indirectos (arts. 24, 25 y 28.2 LGT)», *Crónica Tributaria*, núm. 85/1998, pág. 174; PALAO TABOADA: «Nuevas posibilidades de la lucha contra el fraude (II): valoración de las nuevas soluciones a la luz de la experiencia comparada y la jurisprudencia comunitaria», Ponencia presentada al Seminario *La nueva Ley General Tributaria*, celebrado por la UIMP, Santander, 8 de julio de 2003, pág. 12; ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «La simulación en Derecho Tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.): *Tratado...* cit., pág. 540.

procedimiento de regularización⁵². A lo largo de este procedimiento, y de acuerdo con la regla general sobre la carga de la prueba, incumbe a la Administración la carga de probar que los hechos declarados por el interesado constituyen una simple apariencia, fruto de la simulación y que, por tanto, no se debe impedir el gravamen de la realidad disimulada u oculta⁵³.

Este criterio de atribución de la carga de la prueba ha sido también aplicado por los tribunales españoles cuando han enjuiciado casos de simulación tributaria, afirmando de forma unánime que recae sobre la Administración la carga de la prueba de la existencia de simulación⁵⁴. Ahora bien, lo que es destacable es la interpretación jurisprudencial de la carga de la prueba en tanto dosis o coeficiente de prueba (*standard of proof*), esto es, el nivel de evidencia necesaria para satisfacer la carga primaria de la prueba atribuida a la Administración, que queda lejos del *beyond a reasonable doubt* propio del Derecho Penal y se admite con mucha facilidad que quede resuelto por la aportación de indicios de fraude fiscal que invierten la carga de la prueba sobre el contribuyente⁵⁵. Así, es frecuente que cuando la existencia de simulación se discute en el marco de planificaciones fiscales basta con que el tribunal alcance un grado de convicción razonable sobre la ausencia de efectos económicos reales del negocio, para que pueda entenderse que existe un principio de prueba suficiente de simulación, invirtiéndose a partir de ese momento la carga de la prueba sobre el contribuyente, quien para defenderse debe articular prueba en contrario sobre los efectos y razones económicas del negocio que se cuestiona como simulado⁵⁶.

Por otra parte, tanto la práctica administrativa como los tribunales de justicia admiten que la simulación sea probada a través de indicios o presunciones, dada la dificultad de su prueba, lo cual, resulta perfectamente admisible en el ámbito tributario. Sin embargo, no siempre aparece correctamente explicado el necesario enlace entre los indicios, que deben ser probados, y el hecho que se presume⁵⁷.

⁵² ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «La simulación en Derecho Tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.): *Tratado...* cit., pág. 540.

⁵³ Véase nota anterior.

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, SSTs de 20 de septiembre de 2005 (NFJ021858); 25 de junio de 2008 (RJ 2008, 4295); 25 de junio de 2008 (NFJ035355); 1 de julio de 2008 (NFJ029232) o 26 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 3954).

⁵⁵ En este sentido, y pese a que puedan apreciarse las razones del Tribunal en la calificación fiscal otorgada al caso, es sorprendente por ejemplo el razonamiento de la STS de 26 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 3954), en relación con si podía entenderse que la Administración había cumplido con su carga de la prueba respecto de su afirmación de que los contratos suscritos por un club de fútbol con diversas sociedades explotadoras de los derechos de imagen eran contratos simulados. Dice el tribunal: «adviértase que la peculiaridad del presente caso es que la entidad deportiva no acredita la existencia de los contratos de cesión de los jugadores a la sociedad interpuesta o cesionaria; es la ausencia de aquellos la que justifica la calificación de simulación...». Lo cual implica una inversión automática de la carga de la prueba sobre el contribuyente, que puede entenderse justificada por criterios de facilidad probatoria y cercanía a las pruebas, pero debería entonces indicarse con claridad por el Alto Tribunal. Un razonamiento similar se contiene en la STS de 1 de julio de 2008 (NFJ029232), fundamento jurídico decimocuarto, en donde se argumenta: «No solo tales hechos (también referidos a un caso de cesión de derechos de imagen de futbolistas) están acreditados como se infiere de nuestra exposición, sino que no han sido desvirtuados por la entidad recurrente», que era el club, a quien en principio no incumbía la carga de la prueba.

⁵⁶ Así, la STS de 27 de mayo de 2008 y la STS de 15 de julio de 2008 califican de simulación absoluta a negocios jurídicos con respecto a los cuales no se ofrece una explicación razonable de la realidad económica. En relación con ello, véase la llamada de atención de la profesora SOLER ROCH, M.^a T.: «El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia europea y española» en *V Congreso Tributario: Cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad*, Estudios de Derecho Judicial, 156, 2009, pág. 397.

⁵⁷ Como muestra, véase, por ejemplo, la citada STS de 26 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 3954), fundamento jurídico séptimo.

2. La carga de la prueba en las construcciones jurisprudenciales anti-abuso

Estas normas generales anti-abuso conviven en nuestro Ordenamiento con otro tipo de cláusulas generales anti-elusión de configuración jurisprudencial, algunas de ellas basadas en principios generales del derecho, como el conocido *substance over form* originario del derecho anglosajón. Su aplicación creciente y a veces un tanto anárquica por los tribunales de justicia ha despertado las críticas de la doctrina, llamando la atención sobre los peligros de un fenómeno que, no obstante, no es algo aislado de nuestro Ordenamiento. La cuestión escapa de los contornos de nuestro estudio, pero no podemos dejar de coincidir en que ciertamente encierra notables peligros para la seguridad jurídica, pues estas construcciones suponen una «vía de escape» respecto de los mecanismos normativos anti-abuso previstos en la ley y respecto a las exigencias probatorias que estos mecanismos comportan. En general, son más flexibles y fáciles en su argumentación y demostración, presentan menos inconvenientes técnicos y menos dificultades probatorias que la aplicación estricta de los expedientes normativos de los artículos 15 y 16 de la LGT.

Una de estas construcciones es la que ha consistido en la aplicación de la figura del «negocio indirecto» al ámbito tributario para combatir, bien supuestos de negocios realizados en fraude de ley⁵⁸, o bien supuestos de simulación, por ejemplo, en casos de estructuras negociales complejas donde es difícil en muchos casos apreciar su existencia⁵⁹. Frecuentemente, son supuestos que en la tradición anglosajona han sido combatidos normalmente mediante la aplicación de la doctrina de las *step transactions* y que, en puridad, de acuerdo con nuestro derecho positivo deberían combatirse mediante la aplicación de la norma anti-abuso general del artículo 15, hoy llamada «conflicto en la aplicación de la norma»⁶⁰. Con frecuencia, la figura del negocio indirecto ha sido empleada por la Administración española con preferencia a los expedientes normativos más acordes con ese tipo de supuestos como el fraude de ley, ya que ello le permite un mayor grado de libertad a la hora de volver a calificar los hechos, sin estar vinculada por los elementos propios del fraude o la simulación, como la causa o el fin negocial. El Tribunal Supremo ha confirmado en varios casos este tipo de aproximación en relación con el tratamiento de estructuras negociales complejas, en las que el empleo conjunto de varios negocios es necesario para conseguir la finalidad económica que se pretende⁶¹.

Otra conocida construcción jurisprudencial empleada para combatir el fraude fiscal ha sido la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo» para tratar supuestos de simulación subjetiva,

⁵⁸ Como en los casos conocidos como «seguros de prima única», a partir de donde el TEAC comenzó a aplicar la figura del negocio indirecto al ámbito tributario en combinación con el antiguo artículo 25.3 de la LGT de 1963, que permitía la recalificación del negocio atendiendo a la finalidad perseguida y la consiguiente imposición de sanción. Resoluciones del TEAC, como las de 26 de junio de 1991 (NFJ001260) y 9 de marzo de 1994 (NFJ003312), a las que luego siguieron las SSAN de 18 de mayo de 1993 (NFJ002833), 20 de diciembre de 1994 (NFJ004750) y 14 de enero de 1997. En relación con ello, *vid.* FALCÓN Y TELLÁ, R.: «Negocio indirecto y fraude de ley», *Quincena Fiscal*, núm. 6/1995, «Interpretación jurídica y primas únicas», *Quincena Fiscal*, núm. 22/1997; PALAO TABOADA, C.: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?, en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal...*, cit., pág. 103 y ss.; DELGADO PACHECO, A.: *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria Española*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

⁵⁹ ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «La simulación en Derecho Tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.): *Tratado...*, cit., pág. 524.

⁶⁰ Véase nota anterior.

⁶¹ SSTs de 7 de marzo de 2009 y 30 de abril de 2009.

de actuación a través de personas interpuestas, que se ha empleado por los tribunales españoles con clara preferencia sobre las figuras de la simulación o el fraude de ley ⁶². Esta doctrina del «levantamiento del velo» (*piercing the corporate veil* o *lifting the corporate veil*), originaria del ámbito del derecho de sociedades anglosajón ⁶³, se basa en el principio de equidad, por lo que ofrece un amplio margen para recalificar a efectos fiscales la posición en la que intervienen las personas jurídicas en situaciones de abuso o fraude. Su fogoso empleo por nuestra jurisprudencia ha despertado críticas muy similares a las del resto de construcciones generales anti-abuso, que fundamentalmente se reconducen a la quiebra que entrañan para la seguridad jurídica ⁶⁴.

Su aplicación al ámbito tributario ha ido, además, más allá de su profusa y variada aplicación jurisprudencial ⁶⁵, al servir también para la introducción de dos nuevos supuestos de responsabilidad tributaria subsidiaria que, configurados expresamente como medidas anti-abuso, hunden sus raíces en la construcción jurisprudencial del levantamiento del velo ⁶⁶. Se trata de los apartados g) y h) del artículo 43 de la LGT, introducidos por la Ley 36/2006, que establecen sendos supuestos de responsabilidad tributaria tanto de las personas que utilicen una persona jurídica para eludir la responsabilidad patrimonial frente a la Hacienda Pública, como de las entidades creadas o utilizadas abusivamente con esta misma finalidad ⁶⁷. En ambos casos, la responsabilidad depende **de que efectivamente se aporten las pruebas que justifiquen que las entidades fueron establecidas o usadas de manera abusiva o fraudulenta** para evitar la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, y en concordancia con su configuración como medida anti-abuso, la carga primaria de la prueba del abuso recae sobre la Administración. Sin embargo, la cuestión clave es la relativa al coeficiente de prueba o *standard of proof* que se requiere para entender cumplida dicha carga. Aquí, es preciso recordar que este en materia tributaria no puede consistir estrictamente en un *balance of probabilities* típico del ámbito civil, y debe acercarse más al propio del ámbito penal, pero la cuestión sigue siendo ¿cuánto se necesita para dar por probado el abuso? En relación con ello, hay quien considera que la Administración debe suministrar la prueba del objeto negocial (*business purpose test*) ⁶⁸, sin embargo puesto que la propia norma suministra una serie de elementos objetivos

⁶² Vid. RTEAC de 15 de diciembre de 1999 (JT 2000, 82), cuya argumentación ratificaron posteriormente la SAN de 13 de junio de 2002 (JT 2003, 101) y la STS de 1 de julio de 2008 (NFJ029232). Véase una referencia crítica a estas resoluciones en ZORNOZA PÉREZ, J.J.: «La simulación en Derecho Tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.): *Tratado...*, cit., pág. 537.

⁶³ Para una descripción de esta doctrina y sus orígenes, vid. BOLDÓ RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 85 y ss.

⁶⁴ Véase una exposición detallada y bibliografía citada en LÓPEZ LÓPEZ, H.: *La responsabilidad tributaria por «levantamiento del velo» (Una errónea articulación normativa para una discutible doctrina jurisprudencial)*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 2009, págs. 17-49.

⁶⁵ Vid. LÓPEZ LÓPEZ, H.: *La responsabilidad tributaria por «levantamiento del velo»...*, cit., págs. 21 y ss.

⁶⁶ Como expresamente señala la exposición de motivos de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (LMPFF, en adelante).

⁶⁷ Para un estudio detallado, entre otros, véase MARTÍN JIMÉNEZ, A.: *Los supuestos de responsabilidad en la LGT (Hacia una Configuración Constitucional y Comunitaria de la Responsabilidad Tributaria)*, Thomson-Aranzadi, 2007; DELGADO PACHECO, A.: «El "levantamiento del velo" en la Ley General Tributaria y en la aplicación del IVA», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 280/2008; GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I)», *Quincena Fiscal*, núm. 9/2006 y «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *Quincena Fiscal*, núm. 10/2006.

⁶⁸ CHECA GONZÁLEZ, C.: «Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal», Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 47; MARTÍNEZ LAGO, M.A. y ALMUDÍ CID, J.: «Autotutela tributaria, levantamiento del velo y derivación de la responsabilidad a las sanciones (Análisis de los nuevos supuestos de responsabilidad tributaria incorporados a la Ley General Tributaria

potencialmente indicativos del abuso, como el control efectivo por parte de las personas o entidades de las personas jurídicas y la unicidad de personas o esferas económicas o confusión o desviación de patrimonios, ello sirve para delimitar el «umbral de certidumbre» requerido por la norma en concreto para entender satisfecha la carga primaria de la prueba impuesta a la Administración ⁶⁹.

3. La carga de la prueba en las normas específicas anti-abuso del Derecho Tributario Internacional

Más allá de los expedientes generales para combatir la elusión fiscal, los ordenamientos fiscales están cada vez más repletos de normas específicas anti-fraude o anti-elusión para combatir fenómenos concretos que son habituales en ciertos ámbitos. Típicamente, uno de estos ámbitos es el de las transacciones internacionales o transfronterizas, para las que es frecuente que se establezca un tratamiento probatorio diferenciado, debido a las mayores dificultades de aclaración fáctica que suponen estas situaciones para las Administraciones Tributarias de los países. En estas normas específicas anti-abuso tienen gran relevancia los aspectos probatorios, porque precisamente muchas de ellas se construyen o aplican a partir de una distribución ad hoc de la carga de la prueba o del establecimiento de un específico nivel de prueba para alguna de las partes. Con mucha frecuencia, este tipo de normas requieren al contribuyente un esfuerzo probatorio mucho mayor que el que está implícito en los mecanismos generales anti-fraude anteriormente descritos y también es frecuente que en ellas la carga de la prueba se desplace hacia el contribuyente, que se sitúa así en cierta posición de desventaja frente a la Administración ⁷⁰. El mecanismo a partir del cual se invierte la carga de la prueba hacia el contribuyente consiste en el establecimiento de presunciones, en las que está implícita la consideración de que la transacción u operación en cuestión se llevó a cabo con un propósito elusivo. La justificación, en general, para dispensar un tratamiento procesal desigual en las transacciones internacionales frente a las domésticas, ha de buscarse en los principios del Derecho Tributario Internacional y en el *principio de territorialidad* ⁷¹. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista que este tipo de inversiones probatorias, basadas en presunciones *iuris tantum*, suponen, en abstracto, una negación del principio procesal de igualdad de armas, que puede venir justificada cuando la paridad de las partes quede salvada por la equivalencia de las situaciones sustanciales, pero tampoco pueden admitirse sin más. Así que a pesar de que el empleo de este tipo de presunciones pueda estar genéricamente justificado, la cuestión es si esa justificación puede seguir siendo convincente en el actual contexto europeo, con los actuales mecanismos de asistencia mutua e intercambio de información entre Estados ⁷². Pues, al final, uno no puede sustraerse de tener la sensación de que la regu-

por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, y del procedimiento de derivación de la responsabilidad a las sanciones tributarias), RCyT. CEF, núm. 297/2007, pág. 20.

⁶⁹ Así parecen verlo también, PALAO TABOADA, C.: «New Income Tax Law...», cit., pág. 149; LÓPEZ LÓPEZ, H.: *La responsabilidad tributaria por «levantamiento del velo»...*, cit., págs. 79-80.

⁷⁰ Esto es un fenómeno universal a los ordenamientos fiscales en el tratamiento de este tipo de situaciones. Puede comprobarse comparando los distintos Informes Nacionales presentados al próximo congreso de la EATLP, disponibles en www.eatlp.org.

⁷¹ MARINO, G.: «Brevi note sull'onere della prova...», cit., pág. 234; SEER, R.: «The burden of proof- National Report: Germany», cit., pág. 6.

⁷² Véase nota anterior.

lación fiscal de las operaciones transfronterizas, por mor de las dificultades probatorias objetivas que plantean para la Administración, las convierte en situaciones elusivas por sí mismas ⁷³.

En la normativa española, son varios los ejemplos de normas específicas anti-abuso en donde se pueden apreciar estas consideraciones. Veamos algunos de ellos.

3.1. La normativa anti-paraíso fiscal

En relación con los países o territorios calificados como paraísos fiscales nuestro ordenamiento tributario regula toda una batería de «medidas defensivas», que establecen especiales cautelas o excluyen la aplicación de determinadas medidas fiscales, como bonificaciones de diversa índole, cuando intervienen personas o entidades allí localizadas en transacciones con sujetos residentes en España ⁷⁴. En ellas, es frecuente que se produzca una alteración de la carga de la prueba a través del mecanismo de las presunciones, en donde para superar la falta de información que frecuentemente se produce en el ámbito de estas jurisdicciones se invierte la carga de la prueba sobre el contribuyente. Ejemplos de este tipo de medidas pueden encontrarse, por ejemplo, en los artículos 9.1 a) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) y en los artículos 8.1 y 107.12.2.º del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS).

El artículo 9.1 a) de la LIRPF establece un régimen especial para aquellos casos en que la residencia fiscal se acredita en un país o territorio considerado como paraíso fiscal, estableciendo que la Administración podrá exigir al contribuyente que pruebe que ha permanecido en el paraíso fiscal durante 183 días en el año. Es decir, que se atribuye al contribuyente la carga de la prueba de su permanencia efectiva durante al menos 183 días en el año en el país o territorio donde alega ser residente. Ello implica una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente, ya que de este modo la Administración no tiene que probar si el cambio de residencia a un paraíso fiscal es real o no, si no que puede exigir esta prueba al contribuyente más allá de lo que aparentemente acredita su certificado de residencia fiscal en ese territorio.

Otra presunción similar es la contenida en el artículo 8.1 de la LIS, tras la redacción dada a este precepto por la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal (LMPFF), que autoriza a la Administración Tributaria a presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación o considerado como paraíso fiscal tiene su residencia en territorio español cuando se dé cualquiera de estas dos circunstancias:

- Que sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español.

⁷³ Vid. MARINO, G.: «Brevi note sull'onere della prova...», cit., pág. 234.

⁷⁴ Ya se ha señalado, por ello, la instrumentación de la normativa española de «paraísos fiscales» como parte integrante de un régimen con finalidad antielusión fiscal, no exenta de complicaciones a la hora de enjuiciar su compatibilidad con el Derecho comunitario. Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», *Crónica Tributaria*, núm. 111/2004 (41-98), pág. 44.

- O que su actividad principal se desarrolle en territorio español.

Se configura así un nuevo criterio para determinar la residencia fiscal de las entidades empleando la técnica de la presunción *iuris tantum* con una clara finalidad anti-elusión⁷⁵. De acuerdo con ello, la Administración no tiene que probar que la entidad tiene su residencia en territorio español, sino simplemente que cualquiera de estas circunstancias ha tenido lugar, con lo que se alivia notablemente la prueba que le corresponde a la Administración al alterarse el objeto de la prueba, como efecto típico de la presunción. Al mismo tiempo, puesto que la presunción se configura como una presunción *iuris tantum*, el contribuyente (en este caso, la entidad) puede destruir la presunción si prueba que:

- Su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio.
- Así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos.

De modo que la presunción, al tiempo que alivia la posición de la Administración al alterar el objeto a probar, especifica quién tiene en este caso la carga de la prueba respecto del hecho de que la entidad tenga una vinculación real de carácter económico con el territorio español, el contribuyente, actuándose así una inversión de la carga de la prueba. Repárese pues, en que aquí la norma sobre carga de la prueba se emplea como parte de la construcción de la norma anti-abuso, configurando una «vía de escape» a la aplicación de la presunción a través de la prueba por parte del contribuyente de los «motivos económicos válidos»⁷⁶.

Otro ejemplo de este tipo de presunciones que alteran la regla general sobre la carga de la prueba en operaciones con entidades radicadas en paraísos fiscales es la contenida en el artículo 107.12.2.º del TRLIS. Este artículo establece normas especiales en la aplicación del régimen de transparencia fiscal para los supuestos de participación por parte de una entidad residente en España en una entidad residente en un paraíso fiscal. Estas normas especiales consisten básicamente en presunciones que afectan tanto al presupuesto de hecho de la norma que permite la aplicación del régimen de transparencia fiscal, como a la consecuencia jurídica del régimen de la transparencia fiscal. En tales casos, corresponde a la Administración la carga de la prueba del hecho base de la presunción: la participación, en

⁷⁵ PALAO TABOADA, C.: «New Income Tax Law and anti-fraud legislation in Spain», *Bulletin for International Taxation*, vol. 61, núm. 4/2007, pág. 144; GARCÍA CARRETERO, B.: «La presunción de residencia fiscal introducida por la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del fraude fiscal con relación a las entidades radicadas en países o territorios de nula tributación o considerados como paraísos fiscales», *Quincena Fiscal*, núm. 12/2008, pág. 4.

⁷⁶ La bibliografía en relación con los motivos económicos válidos y su papel en la construcción de normas anti-abuso es abundante tanto fuera como dentro de nuestras fronteras. Tras el trabajo clásico del profesor PALAO, C.: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», hoy compendiado en su libro *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 201 y ss., pueden citarse entre los más recientes: DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: «Los motivos económicos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios», Aranzadi, Navarra, 2007; RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro el test de los "motivos económicos válidos" en las normas anti-abuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)», *RCyT. CEF*, núms. 329-330/2010, págs. 5 y ss.; CALDERÓN CARRERO, J.M. y RUIZ ALMENDRAL, V.: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EE.UU. como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el sustancialismo», *Quincena Fiscal*, núm. 15/2010, Aranzadi, págs. 1 y ss., también disponible en www.westlaw.es (BIB 2010\1686).

las condiciones generales exigidas por el régimen de transparencia fiscal internacional, por parte de una entidad residente en España en una entidad residente en un paraíso fiscal. Esta prueba puede no resultar fácil para la Administración por la escasa colaboración que suelen prestar las Administraciones de dichos territorios. El contribuyente puede, en todo caso, destruir la presunción mediante prueba en contrario.

3.2. La normativa sobre transparencia fiscal

El régimen de la transparencia fiscal internacional (Controlled Foreign Corporation Legislation, CFC Legislation en la doctrina anglosajona) se encuentra previsto en el artículo 107 del TRLIS. Como es sabido, el régimen se dedica al tratamiento fiscal de las llamadas *controlled foreign companies* o sociedades extranjeras controladas (SEC) y apunta directamente a la utilización de las llamadas *base companies*, compañías situadas en territorios de favorable o baja tributación, destinadas a remansar rentas sin que estas lleguen a tributar en el Estado de residencia de su beneficiario último. El régimen especial consiste en la extensión del principio de tributación por la renta mundial, por medio de la inclusión en la base imponible de las entidades residentes en España, de determinadas rentas –rentas pasivas– obtenidas por filiales extranjeras y ello independientemente de que estas hayan procedido a distribuir beneficios a sus matrices. La transparencia fiscal solo se aplica respecto de entidades no residentes controladas por un residente, solo actúa respecto de determinadas rentas y tiene en cuenta en su aplicación el bajo nivel de tributación de la entidad no residente.

En cuanto al primero de estos aspectos, referido a las condiciones subjetivas de aplicación del régimen, el control de la entidad sometida a transparencia, el artículo 107 dispone que el régimen se aplicará a entidades no residentes en las cuales el sujeto pasivo residente, por sí solo o conjuntamente con personas o entidades vinculadas, tenga una participación igual o superior al 50 por 100 en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha de cierre del ejercicio social de esta última. En relación con este requisito se ha planteado el problema de las participaciones fiduciarias o de las rentas obtenidas por cuenta de una entidad no residente susceptible de hallarse en transparencia internacional⁷⁷. Como se ha señalado, esto aboca a un problema de prueba de esa relación fiduciaria, porque el régimen de transparencia fiscal debe aplicarse a entidades cuya titularidad real corresponda a una entidad o una persona física residente en España, aunque esa participación aparezca a nombre de otro que no es el verdadero titular o aunque ese último sea el verdadero titular legal, a través de un *trust* de derecho extranjero, cuando el residente es el beneficiario de esa situación jurídica con unos derechos actuales definidos⁷⁸.

En relación también con el ámbito subjetivo de aplicación, el régimen de transparencia fiscal internacional previsto en las leyes españolas no se aplica cuando la entidad transparente resida en otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 107.15). Pero para ello se hace recaer sobre el contribuyente la carga de la prueba, debiendo este probar que la constitución y operativa de la entidad responden a motivos económicos válidos y que la entidad realiza actividades empresariales, ya que la excepción a la aplicación del régimen para las operaciones europeas aparece redactada del modo siguiente: «lo previs-

⁷⁷ DELGADO PACHECO, A.: «Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional», en *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, septiembre-octubre 2005, núm. 825, pág. 106.

⁷⁸ DELGADO PACHECO, A.: «Las medidas antielusión...», cit., págs. 106-107.

to en este artículo no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que el sujeto pasivo acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades empresariales».

En definitiva, la norma española, modificada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, resolvió el problema de la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional a los supuestos en que la entidad no residente resida en otro Estado miembro de la Unión Europea precisamente a través de una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente, que es quien deberá probar, si quiere escapar a su aplicación, que la entidad se ha constituido por motivos económicos válidos⁷⁹. Precisamente, esta modificación respondió básicamente al objetivo de hacer compatible la normativa doméstica sobre transparencia fiscal internacional con los requerimientos derivados del Derecho Comunitario y la doctrina emanada del TJUE en relación con la configuración de normas de transparencia fiscal internacional por parte de los Estados miembros. No cabe, sin embargo, descartar hacia el futuro una reconfiguración de las condiciones de aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional a las SEC comunitarias en consonancia con el Derecho Europeo en la materia⁸⁰ y si ello sucede el legislador deberá tener especial cuidado en la construcción de la norma desde el punto de vista de la carga de la prueba.

3.3. La normativa anti-subcapitalización

El artículo 20 de la LIS establece, como es sabido, una norma para combatir aquellos supuestos en que la financiación externa de las sociedades se obtenga a través de entidades no residentes vinculadas en una cuantía superior a la que se hubiera obtenido en condiciones normales de mercado entre partes independientes. El objetivo es evitar lo que en definitiva se considera como un fenómeno de elusión fiscal: que la tributación de entidades residentes en España se reduzca como consecuencia de un endeudamiento excesivo con entidades vinculadas. Para ello, la norma impide la deducción como gastos de los intereses devengados como consecuencia de un endeudamiento que el legislador reputa excesivo y es merecedor del tratamiento de los fondos propios, cuya retribución en forma de dividendos no resulta deducible⁸¹.

La norma española anti-subcapitalización responde esencialmente a las características fundamentales de este tipo de normas en el Derecho Tributario Internacional⁸², pero presenta una serie de características propias que precisamente por sus implicaciones probatorias plantean ciertas dudas en

⁷⁹ El test de los motivos económicos válidos o de la sustancia económica de la operación actúa así a modo de «puerto seguro», que permite salvar la compatibilidad de la norma con el Derecho Comunitario en la medida en que limita su aplicación a los «montajes puramente artificiales», como ha venido exigiendo la jurisprudencia comunitaria. Esto es, que actúa únicamente respecto a sociedades extranjeras controladas (SEC) que no poseen un vínculo económico estable con el territorio del Estado miembro de implantación ni realizan una actividad económica genuina en el mismo. *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J.M.: «La coordinación europea de las normas de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización», *RCyT. CEF*, núm. 328/2010, pág. 13. Véase, también la opinión de RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro...», cit., págs. 24 y ss.

⁸⁰ CALDERÓN CARRERO, J.M.: «La coordinación europea...», cit., pág. 16.

⁸¹ Sobre la norma española en materia de subcapitalización, véase PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición», *RCyT. CEF*, núms 137-138/1994, págs. 79 y ss.; SANZ GADEA, E.: «La subcapitalización», *RCyT. CEF*, núm. 206/2000, pág. 28; VEGA BORREGO, F.A.: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y el derecho comunitario», *Crónica Tributaria*, núm. 104/2002, págs. 89 y ss.

⁸² DELGADO PACHECO, A.: «Las medidas antielusión...», cit., págs. 100-101.

cuanto a su compatibilidad con el Derecho Europeo y con la jurisprudencia del TJUE en esta materia, como tendremos ocasión de comprobar más adelante. Estas características del régimen español son esencialmente las siguientes:

- a) El legislador español construye la norma anti-subcapitalización sobre una «ratio fija» de endeudamiento de 3 a 1. La norma refiere esta ratio al endeudamiento neto remunerado el cual, como el capital fiscal, se tomará por su estado medio a lo largo del periodo impositivo. La norma afecta por completo a las reglas sobre la carga de la prueba, en la medida en que exime a la Administración de probar que el endeudamiento excesivo de las sociedades se debe a motivaciones exclusivamente fiscales, precisamente para evitar que los contribuyentes pudieran beneficiarse ilícitamente de las dificultades probatorias que ello supondría. El problema, a efectos probatorios, es que no permite a las empresas articular prueba en contrario y probar que su endeudamiento efectivamente responde a condiciones de mercado⁸³. El apartado 3 del artículo 20 establece que los contribuyentes pueden someter a la Administración una propuesta para la aplicación de una ratio o coeficiente distinto, pero ello ha de ser con carácter previo a la realización del hecho imponible. Sin embargo, en el marco de una inspección fiscal la entidad debería siempre poder justificar que su ratio de endeudamiento con la entidad vinculada es acorde a la que se habría obtenido en condiciones de mercado de libre competencia. En el momento actual, salvada la compatibilidad con el derecho comunitario a raíz de la exclusión de su aplicación a entidades residenciadas en otro Estado miembro de la Unión Europea (UE), esta característica de la norma sigue planteando serias dudas acerca de su compatibilidad con el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) (art. 9) y con la doctrina del TJUE en materia de operaciones vinculadas, en la medida en que ello parece requerir una aplicación flexible de la normativa de subcapitalización que de la posibilidad a las empresas afectadas de probar que habrían podido obtener esa financiación de una entidad independiente en condiciones de libre competencia (*at arm's length*)⁸⁴. En realidad, es precisamente la configuración «probatoria» de la norma, que no parece admitir prueba en contrario, lo que impide la adecuación del artículo 20 de la LIS a las exigencias derivadas del artículo 9 del MC OCDE y el principio de plena competencia, salvo que su aplicación se haga de acuerdo con este principio⁸⁵.
- b) La norma española alude expresamente al endeudamiento indirecto entre la entidad prestataria residente y una entidad vinculada no residente. En relación con ello, los problemas han surgido en relación con el concepto de endeudamiento indirecto. Al respecto, la doctrina administrativa española ha extendido la norma al terreno de las garantías prestadas por entidades vinculadas, pero ha hecho depender este criterio de condiciones probatorias (*proff requirements*) bastante elevadas e inciertas. La Administración española ha aceptado que la

⁸³ Vid., por todos, CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.): *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, Madrid, 2010, pág. 678. En contra, SANZ GADEA, E.: «La subcapitalización...», cit., pág. 54.

⁸⁴ Vid. DELGADO PACHECO, A.: «Las medidas antielusión...», cit., pág. 104.

⁸⁵ Esto es, precisamente, lo sostenido por algunas sentencias, como la STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2003, la SAN de 15 de enero de 2004 (NFJ016551) y la STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2008 (NFJ029076). Sostener esta interpretación, no obstante, obliga a la Administración a probar *en todo caso* que el endeudamiento concertado no podría haber sido acordado en condiciones de independencia. Vid. CENCERRADO MILLÁN, E.: «La subcapitalización...», cit., pág. 680.

aplicación del límite que supone la norma de subcapitalización exige probar bien que, por las circunstancias de las operaciones, la entidad no residente avalista está llamada a hacer frente al préstamo, o bien que la entidad prestataria no habría obtenido en condiciones normales de mercado tales garantías, que le hubiesen permitido lograr esa financiación de un tercero independiente ⁸⁶. Lo cual entraña la aplicación de una regla de juicio (carga de la prueba) que implica un elevado umbral de convicción. Desde el punto de vista de la parte a quien corresponde la carga de la prueba (el contribuyente), ello implica un *standard* probatorio muy elevado, que pueden tornar imposible la prueba en contrario.

- c) La norma de subcapitalización se aplica cuando el prestamista reside en un país o territorio calificado como paraíso fiscal. En este caso, la entidad residente no puede someter propuesta alguna para alterar el coeficiente de endeudamiento, de modo que aquí no cabe la prueba en contrario.
- d) Por último, la norma de subcapitalización no se aplica cuando el prestamista resida en otro Estado miembro de la UE ⁸⁷.

3.4. La norma anti-abuso del artículo 87 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido

Otro ejemplo de norma específica anti-abuso de nuestro ordenamiento, esta vez en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), puede considerarse el apartado Cinco del artículo 87 de la LIVA, introducido en virtud de la LMPFF para combatir el llamado «fraude carrusel» en el IVA que se comete a través de las llamadas sociedades «pantalla» o *buffer* en la terminología anglosajona ⁸⁸, norma que estuvo directamente inspirada por la legislación británica ⁸⁹. En similitud a la norma británica ⁹⁰, la norma española establece la responsabilidad de los adquirentes «que debieran razonablemente presumir» que el impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse por el empresario o profesional que realiza operaciones gravadas por el impuesto, no haya sido ni vaya a ser objeto de declaración e ingreso. En este caso, la responsabilidad establecida en la norma española es subsidiaria, lo cual significa que solo será exigida si el sujeto suministrador de los bienes y servicios y sujeto pasivo del IVA por las operaciones gravadas en el impuesto deviene insolvente.

El legislador subordina la posibilidad de calificar como responsable al empresario o profesional destinatario de las operaciones gravadas al hecho de que este haya podido «razonablemente pre-

⁸⁶ Vid. DELGADO PACHECO, A.: «Las medidas antielusión...», cit., págs. 102 y ss.

⁸⁷ De acuerdo con la reforma introducida por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para solucionar la ya denunciada incompatibilidad de la norma con el Derecho comunitario especialmente tras la STJUE de 12 de diciembre de 2002 (NFJ013286) en el asunto *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, que declaró contraria a Derecho comunitario una normativa alemana similar a la española. En relación con esta incompatibilidad se había pronunciado ya el TEAC en Resoluciones de 8 de noviembre de 2006 (NFJ024983), 28 de septiembre de 2006 (NFJ025134), 21 de diciembre de 2006 y 19 de enero de 2007 (NFJ025663).

⁸⁸ Sobre ello, vid. ÁLVAREZ BARBEITO, P.: «Reflexiones sobre la aplicación de la responsabilidad subsidiaria prevista en la LGT a los partícipes en las tramas de fraude del IVA» en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.): *Tratado...*, cit., págs. 1.023 y ss.

⁸⁹ En este sentido, PALAO TABOADA, C.: «New Income Tax Law...», cit., pág. 147.

⁹⁰ Sec. 77.^a, VAT Act 1994.

sumir» que el importe del IVA que se le ha repercutido o que se le hubiera debido repercutir, no haya sido o vaya a ser objeto de declaración e ingreso. Para ello, se parte de la estimación de que el adquirente ha podido «razonablemente presumir» estas circunstancias cuando el precio pagado haya sido «notoriamente anómalo», debido precisamente a juicio del legislador a la omisión del pago del impuesto. El precio no podrá considerarse «notoriamente anómalo» si se puede justificar por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del impuesto, y la carga de la prueba de esta circunstancia correrá, claro, a cargo del sujeto que recibe la imputación de responsabilidad.

En consonancia con su construcción como norma anti-abuso, recae sobre la Administración la carga de la prueba de que el IVA fue repercutido o hubiera debido ser repercutido, pero no fue objeto de declaración e ingreso. Sin embargo, esta carga se atempera o facilita en la medida en que la norma se construye sobre una presunción, la presunción «razonable» del conocimiento del fraude ⁹¹, que a su vez apoya su aplicación sobre una serie de de indicios objetivados recogidos en la propia norma. Son los indicios relativos a la concurrencia de un precio «notoriamente anómalo» en la operación, que se dará, salvo prueba en contrario, cuando el precio pagado sea «sensiblemente inferior»:

- a) Al correspondiente a dichos bienes en las condiciones en que se ha realizado la operación o al satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos.
- b) Al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien efectúa la entrega.

Esta construcción de la norma, basada en una presunción de conocimiento que en definitiva está en función de la consideración del precio como notoriamente anómalo y que puede recaer sobre cualquier empresario o profesional, presenta notables dificultades de aplicación ⁹² y mas allá de las críticas suscitadas ⁹³, implica el establecimiento de una presunción de fraude o abuso sobre todas aquellas operaciones en las se haya obtenido una ventaja económica, ya forme parte o no del tráfico comercial habitual del destinatario de los bienes. Por todo ello, ya se le ha reprochado a la norma que difícilmente puede considerarse adecuada a los estándares de certeza y proporcionalidad requeridos por el TJUE en relación con la construcción de las normas anti-abuso ⁹⁴.

En nuestra opinión, quizá una vez más la cuestión dependerá de cómo interpreten los órganos encargados de la aplicación de la norma, Administración y tribunales, los ambiguos términos en que está redactada y en cómo se fije el umbral de certidumbre requerido por la norma para entender cumplida la carga de la prueba. Por lo que respecta a la carga primaria de la prueba, atribuida a la Administración, esto viene facilitado por los indicios presuntivos de fraude. Pero por lo que respecta al contribuyente, no está claro el umbral de certidumbre requerido para destruir la presunción. Pues en definitiva, la posibilidad de que el contribuyente pueda defenderse de la presunción de abuso depende

⁹¹ ÁLVAREZ BARBEITO, P.: «Reflexiones...», cit., pág. 1.030.

⁹² ÁLVAREZ BARBEITO, P.: «Reflexiones...», cit., pág. 1.031.

⁹³ FALCÓN Y TELLA, R.: «Las cadenas de fraude del IVA y la STSJ de 12 de enero de 2006: la incompatibilidad con la Sexta Directiva de los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General Tributaria y en el anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude», *Quincena Fiscal* 2/2006; GARCÍA NOVOA, C.: «El proyecto de ley de prevención del fraude (II)», cit., pág. 12 y ss.

⁹⁴ PALAO TABOADA, C.: «New Income Tax Law...», cit., pág. 148.

de cómo se interprete la justificación basada en la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del impuesto. Esencialmente, se trata de que la interpretación de la norma no implique una prueba excesivamente difícil de forma que el sistema pueda desembocar en una responsabilidad sin culpa.

3.5. Las normas anti Directive-Shopping del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

La Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (en adelante, LIRNR) contiene varias previsiones que pueden calificarse de normas específicas anti-abuso⁹⁵. Una de ellas es la contenida en el artículo 14.1 h) de la ley, donde precisamente la cláusula anti-abuso se construye a partir de la carga de la prueba. En efecto, este artículo establece, en lo que supone una transposición al derecho español de la Directiva matriz-filial, la exención del impuesto para los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la UE, cuando se den determinados requisitos. Al mismo tiempo, establece una cláusula especial anti-abuso, concretamente una medida anti *directive-shopping*⁹⁶, que consiste en que la exención no será aplicable cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea directa o indirectamente por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la UE, salvo que se pruebe que:

- La sociedad matriz realiza efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad de la filial.
- La sociedad matriz tiene por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales.
- La sociedad matriz se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen especial.

Este último requisito exige que la sociedad cuestionada pruebe su constitución «por motivos económicos válidos», incorporando así de nuevo el test del propósito negocial o *business purpose test*. Pero repárese en que con ello la norma realiza a inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente que plantea dos tipos de problemas a efectos probatorios⁹⁷:

- Que la inversión de la carga de la prueba se sustenta sobre una presunción de fraude fiscal que está construida sobre un hecho objetivo, como es el que la sociedad matriz última resida fuera de la UE, lo que en sí mismo no tiene por qué ser revelador de evasión fiscal. De acuerdo con la doctrina del TJUE en relación con la construcción de normas anti-abuso por los Estados miembros al amparo de la Directiva matriz-filial, tan solo deberían quedar

⁹⁵ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Las normas antiparaíso fiscal españolas...», cit., págs. 74 y ss.

⁹⁶ Al respecto véase el trabajo de los profesores CALDERÓN CARRERO, J.M. y RUIZ-ALMENDRAL, V.: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping" con el Derecho Comunitario? (A propósito de la Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2004)», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 11/2005 y disponible en www.westlaw.es (BIB 2005\1708), págs. 1-23.

⁹⁷ CALDERÓN CARRERO, J.M. y RUIZ-ALMENDRAL, V.: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping"..., cit., pág. 21.

excluidas de los beneficios de la directiva aquellas sociedades que no tengan un vínculo económico estable con el Estado de establecimiento. De modo que para que esta inversión de la carga de la prueba resulte compatible con el Derecho comunitario debería interpretarse en este sentido. No parece haber sido así, sin embargo, como lo ha hecho nuestro Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que ha venido a configurar un *standard of proof* o umbral de certidumbre en relación con la carga de la prueba tan elevado que en la práctica hacen la contra-prueba del contribuyente virtualmente imposible⁹⁸.

- El segundo problema es que la norma además de exigir al contribuyente que pruebe que se ha constituido por «motivos económicos válidos», le exige que pruebe que no lo ha hecho para disfrutar indebidamente del régimen previsto. Esto implica una prueba de hechos negativos, *probatio diabólica*⁹⁹, que sitúa el umbral de certidumbre requerido por la norma para cumplir con la carga de la prueba tan alto, que ello puede tornarse virtualmente imposible para el contribuyente cargado con ella. Una vez más, la adecuación de la norma al Ordenamiento Jurídico interno y la doctrina europea en relación con las normas anti-abuso dependerá en última instancia de cómo es aplicada la norma por el órgano administrativo y en última instancia, de cómo es interpretada por nuestros tribunales en relación con la carga de la prueba. Pues, en definitiva, el contribuyente debe siempre tener la posibilidad de probar en contra de cualquier presunción legal de abuso que sus operaciones fueron realizadas de buena fe, aunque puedan integrarse a priori en el ámbito de una norma anti-abuso nacional¹⁰⁰. La posibilidad de que esta prueba en contrario esté correctamente articulada depende también de la forma en que se aplique la carga de la prueba en tanto regla de juicio (*standard of proof*).

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA CARGA DE LA PRUEBA Y SUS IMPLICACIONES PARA EL DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL

Conviene comenzar recordando que la regulación de la carga de la prueba es una cuestión que compete a las autoridades legislativas de los Estados miembros y el TJUE así lo ha señalado¹⁰¹. Al mismo tiempo, el TJUE les ha reconocido a las Administraciones Tributarias de los Estados un papel activo en lo que se refiere a la recopilación de pruebas, conforme a la regulación de su Derecho nacional¹⁰². Sin embargo, puesto que la cuestión de la carga de la prueba es muchas veces una cuestión de vital importancia para la resolución del caso, el TJUE se ha encontrado frente a esta cuestión como otros tribunales de justicia. Por otra parte, la tendencia de los legisladores nacionales a desplazar la carga de la prueba sobre el contribuyente en la regulación de normas anti-abuso, especialmente si la normativa recae sobre situaciones u operaciones transfronterizas, plantea contradicciones con

⁹⁸ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M. y RUIZ-ALMENDRAL, V.: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping"...», cit., pág. 21, en relación con la interpretación mantenida por el TEAC en su Resolución de 15 de octubre de 2004.

⁹⁹ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M. y RUIZ-ALMENDRAL, V.: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping"...», cit., pág. 21.

¹⁰⁰ TERRA y WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, 2001, pág. 366.

¹⁰¹ STJUE de 24 de abril de 2008, asunto *Arcor AG & Co. KG y Bundesrepublik Deutschland*, C-55/06.

¹⁰² Casos *Bachman y Comisión v. Bélgica*.

las libertades comunitarias, tradicionalmente entendidas como derechos de acceso al mercado. Hay por ello tres grupos de casos, en donde se pueden identificar ciertas «máximas» del TJUE en relación con la carga de la prueba: las normas tributarias anti-abuso, la regulación de ventajas o deducciones fiscales y la normativa sobre operaciones vinculadas y precios de transferencia.

1. La carga de la prueba en la construcción y aplicación de las normas tributarias anti-abuso

La cuestión de la carga de la prueba es, en general, una cuestión clave para la aplicación de todas las normas fiscales, también para las normas anti-abuso, por ello el TJUE que ha ido configurando una aquilatada doctrina en materia de abuso ¹⁰³ se ha visto obligado a lidiar con esta cuestión. Evidentemente, la cuestión reviste gran importancia puesto que los legisladores nacionales en su lucha frente a los fenómenos de evasión y fraude fiscal tienden a diseñar normas de alcance general, que describan los supuestos anti-abuso de forma tipológica, pues, en definitiva, la operación de legislar entraña siempre una cierta generalización. Pero puesto que el abuso no puede presuponerse sin más, solo la prueba, caso por caso, de que una concreta operación o transacción fueron realizadas con finalidad abusiva o fraudulenta, puede salvar la norma. De cómo esté diseñada la norma anti-abuso en relación con la prueba, va a depender en gran parte, como veremos, su compatibilidad con el Derecho Europeo y la doctrina del TJUE sobre normas tributarias anti-abuso.

En relación con la configuración probatoria de las normas anti-abuso y la distribución de la carga de la prueba en las situaciones de abuso podemos destacar las siguientes sentencias del TJUE: la Sentencia *Leur-Bloem* ¹⁰⁴, de 17 de julio de 1997 (NFJ005725); la Sentencia *Cadbury-Schweppes* ¹⁰⁵, de 12 de septiembre de 2006 (NFJ023535) y la Sentencia *Modehius A. Zwijnenburg* ¹⁰⁶, de 20 de mayo de 2010 (NFJ038357).

En la Sentencia *Leur-Bloem*, de 17 de julio de 1997 (NFJ005725), el TJUE interpretó el alcance del artículo 11 de la Directiva 90/434/CEE, de 23 de julio, en adelante Directiva de fusiones, que como es sobradamente conocido contiene una cláusula anti-abuso que permite a los Estados miembros denegar la ventaja fiscal derivada del régimen de fusiones cuando «la operación tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal». Este artículo 11 de la Directiva debe interpretarse, a juicio del tribunal, en el sentido de que en esa determinación de si la operación tuvo como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, las autoridades de los Estados miembros deben hacer un examen general de la operación que debe ser caso por caso. Este examen queda sujeto a su posterior revisión judicial por los tribunales de justicia. El tribunal consagra la prohibición de que las normativas nacionales establezcan «presunciones irrefutables de fraude fiscal» para aquellos casos en que entran en juego circunstancias transfronterizas, implicando a contribuyentes no residentes o que trasladan su residencia a otro Estado miembro y reitera la doctrina vertida en el caso *Centros* (C-212/97, NFJ044265): *el establecimiento de una nor-*

¹⁰³ Sobre la existencia de una doctrina general anti-abuso de las normas tributarias en el Derecho Europeo actual, véase el reciente trabajo de RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro el test de los "motivos económicos válidos"...», cit., págs. 24 y ss.

¹⁰⁴ Caso C-28/95.

¹⁰⁵ Caso C-196/04.

¹⁰⁶ Caso C-352/08.

ma de alcance general que prive automáticamente de una ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones basándose en este tipo de criterios, excede de lo necesario para evitar el fraude o la evasión fiscal y va en contra de los objetivos perseguidos por el Tratado.

De lo que pueden extraerse las siguientes directrices en relación con la carga de la prueba:

1. Los Estados miembros no pueden configurar en su derecho nacional normas anti-abuso partiendo, a priori, de la presunción de que una determinada operación se ha llevado a cabo con una finalidad abusiva o fraudulenta, al tiempo que permiten al contribuyente que articule prueba en contrario. Esta inversión de la carga de la prueba en perjuicio del contribuyente es contraria al Derecho Europeo.
2. En los casos de abuso o fraude fiscal, la carga de la prueba del abuso recae sobre la Administración, que debe probar que el motivo de una determinada operación o transacción fue la evasión o el fraude fiscal, realizando un examen *caso por caso*.

Consecuencias para el Derecho Tributario español: el artículo 96.2 del TRLIS

La medida que en el derecho español podría provocar un resultado contrario al objetivo y alcance de la Directiva de fusiones, tal y como esta ha sido interpretada por el TJUE en este pronunciamiento es la medida específica prevista como transposición del artículo 11.1 a) de la Directiva, que hoy es el artículo 96.2 del TRLIS, que establece las condiciones para la aplicación del régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VIII de la ley para las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canjes de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la UE. De acuerdo con este artículo 96.2, no se aplicará este régimen especial *cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participen en la operación sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.*

En relación con esta norma algunos comentaristas han señalado que su redacción no se ajusta a la interpretación realizada por el tribunal de justicia, ni al alcance de la habilitación concedida a los Estados miembros en el ámbito de la Directiva porque la norma española aplica una medida de carácter general a los supuestos de inexistencia de motivos económicos válidos que parece excluir un análisis a posteriori y que parece permitir la denegación automática de los beneficios de la Directiva¹⁰⁷. Sin embargo, esta cláusula especial anti-abuso del artículo 96.2 del TRLIS solo resultará conforme con el texto de la Directiva si se interpreta en el sentido de mera presunción, admitiendo prueba en contrario. Ello implica que el contribuyente debe probar que concurre algún «motivo económico válido» al margen del exclusivamente fiscal, sin que ello excluya que sobre la Administración Tributaria pesa la carga de la prueba, en general, de que existe una finalidad de fraude o elusión fiscal.

¹⁰⁷ GARCÍA PRATS, A.: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario», en SOLER ROCH, M.^a T. y SERRANO ANTÓN, F. (dirs.), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*, IEF, Madrid, 2002, pág. 203.

El problema, no obstante, es que, como ha apuntado el profesor PALAO, el origen de la expresión «motivos económicos válidos» en la doctrina del *business purpose test* liga el examen de su presencia en una determinada operación a la de si ha existido o no finalidad elusiva (*tax avoidance*). De tal modo que la actividad jurídica de determinar si existen o no «motivos económicos válidos»¹⁰⁸ se confunde con la de calificar la operación como abusiva o fraudulenta. Es posible así distinguir dos niveles de comprobación de la existencia de motivos económicos válidos: uno inicial, en el que la ausencia de esos motivos será un indicio *prima facie* o presunción de fraude, y uno, segundo, en el que si el contribuyente se opone a la presunción, será necesario que la Administración determine (pruebe) si la operación es abusiva o fraudulenta. Si se interpreta en este sentido, se salva la compatibilidad del artículo 96.2 del TRLIS con la doctrina del TJUE en el caso *Leur Bloem*.

En general, nuestro TEAC ha interpretado la cláusula especial anti-abuso española a la luz de *Leur Bloem* en varias ocasiones¹⁰⁹ y la ha interpretado correctamente como una **presunción que admite prueba en contrario**. Sin embargo, ello le ha llevado a excluir la aplicación del régimen fiscal especial de las reorganizaciones empresariales a supuestos en que el contribuyente **no acreditó** la concurrencia de razones económicas que justificaran la operación. Lo cual, en definitiva, acaba suscitando la duda de si ello no entraña una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente.

La Sentencia *Cadbury-Schweppes*¹¹⁰ de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 (NFJ023535), constituye otro de los *leading cases* del TJUE en su doctrina anti-abuso a la luz de las libertades fundamentales¹¹¹, en el que se dilucida por primera vez sobre la adecuación al Derecho comunitario del régimen de la transparencia fiscal internacional (TFI)¹¹². En esta sentencia, el TJUE perfecciona su doctrina anterior sobre el establecimiento de presunciones generales de fraude y evasión fiscal, dando entrada a la posibilidad de que los ordenamientos nacionales utilicen este tipo de presunciones en sus normas anti-abuso. Pero para que la construcción de normas anti-abuso a partir de este tipo de presunciones sea acorde con el Derecho Europeo, la norma anti-abuso debe estar diseñada para combatir los «**montajes puramente artificiales**» cuyo objetivo sea eludir la ley nacional: «un obstáculo a una libertad de circulación garantizada por el Tratado únicamente puede estar justificado por la lucha contra la evasión fiscal si la legislación controvertida tiene por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la ley nacional»¹¹³. En tales casos, el tribunal sí admite que el riesgo de la prueba recaiga sobre el contribuyente, que es quien puede probar que existe una implantación real en el Estado de establecimiento y un sustrato económico real en las transacciones: «recaerá sobre el contribuyente no residente, que está mejor situado para tal fin, la carga de la prueba de la realidad de sus actividades, que le permite invo-

¹⁰⁸ La Administración española, por ejemplo, ha considerado que existe «motivo económico válido» cuando se pretende dotar a la estructura empresarial de mayor flexibilidad para cometer nuevas estrategias empresariales [DGT de 13 de julio de 2000, Consulta V0061/2000 (NFC011960)]. También cuando la finalidad de la operación consiste en proceder a una racionalización de las actividades empresariales [DGT de 7 de mayo de 2001, Consulta V0024/2001 (NFC012807)].

¹⁰⁹ Vid. Resoluciones de 15 de junio de 2006 y 27 de septiembre de 2007 (NFJ027944).

¹¹⁰ Caso C-196/04.

¹¹¹ RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro el test de los "motivos económicos válidos" ...», cit., pág. 42.

¹¹² Vid. PALAO TABOADA, C.: «Transparencia fiscal internacional y Derecho Europeo: conclusiones del abogado general en el asunto *Cadbury Schweppes*», hoy en *La aplicación de las normas tributarias...*, cit., pág. 275.

¹¹³ Vid. párrafo 87 de la sentencia, que en este apartado se remite a los asuntos *ICI*, *X e Y*, *Lankhorst* y *Lasteyrie du Saillant*.

car en su favor las libertades fundamentales»¹¹⁴. La norma controvertida (en tal caso era la norma británica sobre TFI) salva su compatibilidad con la doctrina europea anti-abuso en la medida en que permita al contribuyente probar la sustancia económica de la operación¹¹⁵.

El tribunal reitera el criterio de que es preciso que la norma quede abierta a la prueba, posibilitando el análisis caso por caso: «para que pueda estar justificada por la lucha contra la evasión fiscal la legislación nacional no debe limitarse a referirse a una situación definida en términos generales, sino que debe permitir al juez nacional denegar, en cada caso concreto, el beneficio del Derecho comunitario a determinados contribuyentes o a determinadas sociedades que hayan realizado un montaje artificial con la finalidad de eludir el impuesto»¹¹⁶.

De este pronunciamiento cabe deducir las siguientes directrices en cuanto a la carga de la prueba:

1. Los Estados miembros no pueden tener una regla general en virtud de la cual en los casos en que entren en juego elementos transfronterizos, la carga de la prueba se desplace automáticamente sobre el contribuyente.
2. Sí es posible, sin embargo, que en situaciones transfronterizas la carga de la prueba de la sustancia económica de la operación recaiga sobre el contribuyente, en la medida en que este está mejor situado para probar la realidad de sus actividades, que le permiten invocar en su favor las libertades fundamentales.

Consecuencias para el Derecho Tributario español: el artículo 107 del TRLIS

En cuanto a las consecuencias de este pronunciamiento sobre la norma española, como ya hemos señalado supra, la norma española, en su modificación por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, resolvió el problema de la aplicación del régimen de TFI a los supuestos en que la entidad no residente resida en otro Estado miembro de la UE precisamente a través de una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente, que es quien deberá probar, si quiere escapar a su aplicación, que la entidad se ha constituido por «motivos económicos válidos». Evidentemente, ello supone una inversión de la carga de la prueba sobre el contribuyente, pero la atribución del riesgo al contribuyente parece adecuada en la medida en que pertenece a su esfera de responsabilidad.

La reciente Sentencia *Modehius A. Zwijnenburg*¹¹⁷, de 20 de mayo de 2010 (NFIJ038357), analiza el problema de si el artículo 11 de la Directiva de fusiones puede emplearse para negar la ventaja fiscal derivada de la norma en el caso de que la operación de reestructuración empresarial se haya hecho con la finalidad de eludir un impuesto (el Impuesto sobre Transmisiones neerlandés) distinto de aquellos (Impuesto sobre Sociedades) a los se refieren las ventajas que establece dicha Directiva. La respuesta es negativa. El tribunal recuerda que la cláusula anti-abuso específica del artículo 11 de la Directiva solo es aplicable en relación con el régimen especial de fusiones, escisiones y aportaciones

¹¹⁴ Vid. párrafos 69-72 de la sentencia.

¹¹⁵ Vid. párrafo 151 de las conclusiones del AG Léger al caso.

¹¹⁶ Vid. párrafo 92 de la sentencia.

¹¹⁷ Caso C-352/08.

de activos, sin que pueda entenderse como un principio general, ni aplicarse cuando no exista norma que lo prevea ¹¹⁸. Cuestión distinta es si, ante un caso como ese, el fraude o abuso puede combatirse mediante una norma general anti-abuso, si es que el ordenamiento en cuestión prevé una norma de este tipo, similar a la contenida en nuestro artículo 15 de la LGT ¹¹⁹. Pero ello significa, tal y como vimos supra: i) que recae sobre la Administración la carga de la prueba de que la operación ha sido abusiva o fraudulenta; ii) el umbral de certidumbre de esta carga de la prueba será el objetivado en el artículo 15 de la LGT. La Administración deberá acreditar que: ha existido una ventaja fiscal en las operaciones; que las operaciones son notoriamente artificiosas o impropias y que carecen de sentido más allá de la ventaja fiscal. A la vista de la configuración de la norma, hoy por hoy, no parece que el móvil fiscal, pese a ser lícito, pueda ser el único que motive las operaciones, pero quizá ello deba replantearse ¹²⁰.

2. La carga de la prueba ante el disfrute de deducciones o ventajas fiscales en situaciones transfronterizas y el recurso al intercambio de información fiscal entre los Estados

La jurisprudencia vertida por el TJUE en los casos *Vestergaard* (C-55/98, NFJ009071), *Danner* (C-136/00, NFJ013037), *Centro di Musicologia Walter Stauffer* (C-386/04, NFJ024303), *Elisa* (C-451/05, NFJ026458) o, más recientemente, *Hein Persche* (C-318/07, NFJ031286), forma una interesante doctrina en relación con la aplicación de la carga de la prueba en los supuestos de disfrute de deducciones o ventajas fiscales en situaciones transfronterizas. Los casos se han planteado en relación con normativas nacionales de los Estados que restringen o deniegan la posibilidad de disfrutar de deducciones o ventajas fiscales cuando su disfrute implica a sujetos no residentes, a inversiones o aportaciones hechas en un Estado distinto del de residencia o a rentas obtenidas de fuente extranjera. Frecuentemente los Gobiernos de los Estados miembros han aducido, entre otras razones, las dificultades de comprobación que ello genera para su Administración nacional, que se encuentra con muchas dificultades para recabar las pruebas necesarias para tener la seguridad de que se ha cumplido el supuesto de hecho de la norma en toda su dimensión. Sin embargo, el TJUE ha rechazado que ello sea una «razón imperiosa de interés general» que pueda ser aducida por los Estados para reducir el ámbito de aplicación de una ventaja fiscal, por dos motivos fundamentalmente: 1) porque los Estados miembros disponen de otros mecanismos de información y prueba, que van más allá de las meras pruebas facilitadas por el contribuyente y 2) porque nada impide a la Administración Tributaria nacional que exija al contribuyente las pruebas necesarias para demostrar que tiene derecho al disfrute de un determinado régimen fiscal.

Ya, en su Sentencia del caso *Vestergaard*, el TJUE hizo la categórica afirmación de que *los requisitos probatorios de las normas fiscales no pueden establecerse de forma discriminatoria o distinta, según que la operación posea o no una conexión transfronteriza*. Posteriormente, ello se reitera en el

¹¹⁸ Vid. párrafo 47 de la sentencia.

¹¹⁹ Sobre ello véase RUIZ ALMENDRAL, V.: «¿Tiene futuro el test de los "motivos económicos válidos"...», cit., pág. 30, y el reciente comentario del profesor FALCÓN Y TELLA, R.: «El limitado alcance de la exigencia de un motivo económico distinto del ahorro fiscal: la necesidad de una cláusula antiabuso específica (STJ 20 mayo 2010, Zwijnenburg) y la posibilidad de aprovechar las ventajas derivadas de calificaciones "híbridas" en el IVA (STJ 22 diciembre 2010, RBS)», *Quincena Fiscal*, marzo, 2011, pág. 9.

¹²⁰ Sobre ello, vid. FALCÓN Y TELLA, R.: «El limitado alcance...», cit., pág. 11.

caso *Danner*¹²¹, en relación con una normativa finlandesa relativa a la deducibilidad de las aportaciones al seguro de jubilación voluntario, que establecía un régimen diferente dependiendo de que se abonasen a entidades establecidas en Finlandia o en el extranjero. El TJUE procedió primero a recordar, conforme a su jurisprudencia anterior, que la Directiva 77/799/CEE puede ser invocada por un Estado miembro para conseguir de las autoridades competentes de otro Estado miembro todas las informaciones y datos necesarios para la liquidación o el cálculo exacto del impuesto sobre la renta adeudado por un contribuyente¹²². Lo cual supone, en definitiva, una afirmación del carácter regulador del principio de investigación de oficio en el ámbito tributario, que impide que la Administración Tributaria pueda hacer dejación de su deber de investigar o deba limitarse a los medios de prueba inicialmente aportados por los contribuyentes. En relación con esto último, que es una de las más claras consecuencias del principio de investigación sobre la recopilación del material probatorio, el TJUE se ha mostrado siempre inclinado hacia el *favor probationis*, al derecho a la prueba del contribuyente, incluso aunque la carga del prueba recayera sobre él, como ocurría en *Danner*: «nada impide a las autoridades tributarias de que se trate exigir al contribuyente que presente las pruebas que considere necesarias para apreciar si se cumplen en cada caso los requisitos para deducir las aportaciones que exige la normativa de que se trate y, por consiguiente, si procede practicar la deducción solicitada»¹²³.

Esto mismo ha sido reiterado después en el caso *Centro di Musicologia Walter Stauffer*¹²⁴, en el marco de un litigio con perfiles más complejos entre dicho *Centro di Musicologia* y la Administración tributaria alemana, que, de acuerdo con la normativa alemana, denegó la aplicación de la exención fiscal del impuesto sobre sociedades a dicho *Centro di Musicologia*, fundación de Derecho privado de utilidad pública, porque al estar establecido en otro Estado miembro únicamente estaba sujeto al impuesto por obligación real. El TJUE, aunque reconoce que en el caso de las fundaciones establecidas en otros Estados miembros, *puede resultar más difícil* realizar las comprobaciones necesarias, reitera las dos razones antes mencionadas para rechazar que ello pueda ser una razón imperiosa de interés general: que un Estado miembro está autorizado a aplicar medidas que le permitan comprobar de manera clara y precisa si se reúnen los requisitos establecidos en la legislación nacional, y que nada impide a las autoridades fiscales exigir a los contribuyentes que aporten los justificantes pertinentes que les permitan realizar las comprobaciones necesarias. «Por otra parte, la eficacia de los controles fiscales no puede justificar una normativa nacional que impide de manera absoluta al contribuyente aportar tales pruebas»¹²⁵.

La misma idea en relación con el derecho a probar del contribuyente se reitera en la Sentencia recaída en el caso *ELISA*, de 11 de octubre de 2007, donde se rechaza la adecuación comunitaria de la norma reguladora del gravamen francés sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, porque las sociedades *holding* luxemburguesas no tenían «vía de escape» de la norma anti-abuso, al quedar excluidas de la contraprueba. Repárese en que, en este caso, el tribunal admite que a las autoridades

¹²¹ Asunto C-136/00, STJCE de 3 de octubre de 2002 (NFJ013037).

¹²² Casos *Vestergaard*, C-55/98, STJCE de 28 de octubre de 1999 (NFJ009071) y *Wielockx*, C-80/94, STJCE de 11 de agosto de 1995.

¹²³ *Vid. Danner*, C-136/00, STJCE de 3 de octubre de 2002 (NFJ013027), párr. 50. En este mismo sentido se citan en esta sentencia las Sentencias dictadas por el TJCE el 28 de enero de 1992 en los casos *Bachmann*, C-204/90, y *Comisión/Bélgica*, C-300/90.

¹²⁴ Asunto C-386/04, STJCE de 14 de septiembre de 2006 (NFJ024303).

¹²⁵ *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04, STJCE de 14 de septiembre de 2006 (NFJ024303), párr. 49.

francesas «puede resultarles imposible combatir eficazmente el fraude fiscal en el caso de las sociedades *holding* luxemburguesas», sin embargo no admite que ello pueda justificar la denegación de una ventaja fiscal, aunque admite que en tales casos la carga de la prueba recae sobre el contribuyente: «En efecto, cuando unas sociedades *holding* luxemburguesas soliciten la exención del impuesto controvertido, las autoridades fiscales francesas pueden solicitar a estas sociedades que aporten las pruebas que consideren necesarias para garantizar una total transparencia en cuanto a sus derechos de propiedad y a la estructura de su accionariado»¹²⁶.

Especialmente interesante resulta el caso *Hein Persche*, donde se enjuician los requisitos probatorios establecidos en la normativa alemana del IRPF para la deducibilidad de las donaciones efectuadas a organismos de utilidad pública. El Sr. Persche, ciudadano alemán, había solicitado la deducción en su IRPF de una donación en especie efectuada a favor de una residencia de ancianos, *Centro Popular de Lagoa*, situada en Portugal, donde el Sr. Persche poseía un inmueble que utilizaba todos los años. El contribuyente aportaba documentación sobre la recepción del donativo y la certificación de que el Centro estaba registrado como institución privada de solidaridad social por la legislación portuguesa. Según el artículo 49 del Reglamento del IRPF alemán, las donaciones solo se podían deducir si el beneficiario es una persona jurídica nacional de Derecho público, un organismo nacional público o una entidad que por servir a fines benéficos, de utilidad pública o religiosos esté exenta del Impuesto sobre Sociedades alemán¹²⁷. Además, los donativos efectuados solo se podían deducir si se justificaban mediante el correspondiente impreso oficial extendido por el organismo beneficiario. A los efectos del IRPF, se considera que dicho impreso constituye una *prueba suficiente* de que el beneficiario de la donación cumple los requisitos establecidos en la ley. El *Finanzamt* denegó la deducción solicitada porque su beneficiario no estaba situado en Alemania y porque el contribuyente no había presentado el justificante en la forma prevista por la legislación tributaria alemana. El TJUE rechaza la compatibilidad con el Derecho comunitario de los dos motivos aducidos por la Administración Tributaria alemana. El primero de ellos, porque conforme al razonamiento desarrollado en la Sentencia *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, para denegar la posibilidad de deducción de una donación efectuada a un organismo donatario de utilidad pública reconocida que no esté establecido en territorio nacional, es preciso haber comprobado que no se encuentra en una situación objetivamente comparable a la de los organismos nacionales¹²⁸. Una comprobación administrativa que el Gobierno alemán, al parecer del TJUE, no llevó a cabo empleando los instrumentos de asistencia administrativa que existen en el ámbito comunitario, que a pesar de las dificultades efectivas con que tropieza no puede justificar la denegación de una ventaja fiscal, dado que las autoridades fiscales pueden solicitar al contribuyente las pruebas que estimen necesarias¹²⁹.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando el contribuyente no ha podido recabar dichas pruebas? Este es el interrogante que se plantea el órgano jurisdiccional remitente mediante el planteamiento de su tercera cuestión prejudicial: si en tales casos las autoridades fiscales del Estado miembro del donante están obligadas a recurrir a la asistencia mutua prevista en la Directiva 77/799/CEE o pueden hacer recaer la carga de la prueba en el donante conforme a las reglas de distribución de la carga de la prueba. El TJUE admite implícitamente que la cuestión se resuelva mediante la aplicación de las reglas

¹²⁶ ELISA, C-451/05, párrafo 98 (NFJ026458).

¹²⁷ *Vid.*, en este sentido, el párr. 10 de las conclusiones del AG Mengozzi al caso *Hein Persche*, C-318/07 (NFJ031286).

¹²⁸ *Vid.* párr. 75 de las conclusiones del AG Mengozzi al caso *Hein Persche*, C-318/07 (NFJ031286).

¹²⁹ *Vid.* *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04, STJCE de 14 de septiembre de 2006 (NFJ024303).

sobre la carga de la prueba al señalar: «en el supuesto de que la comprobación de los datos proporcionados por el contribuyente resulte difícil, especialmente debido a los límites al intercambio de información previstos en el artículo 8 de la Directiva 77/799/CEE, nada impide que las autoridades fiscales interesadas denieguen la deducción solicitada de no aportarse las pruebas que consideren necesarias para la correcta liquidación del impuesto»¹³⁰. Sin embargo, desde el punto de vista de la maximización de las libertades comunitarias, la respuesta del tribunal podría haber sido distinta¹³¹ y a partir de ese momento la necesidad de una mayor «obligatoriedad» para los Estados en el uso de los mecanismos de intercambio de información queda planteada¹³².

Efectivamente, «el principio conforme al cual la carga de probar el derecho a acogerse a una excepción o a una exención fiscal recae sobre aquel que solicita acogerse a dicho derecho se inscribe dentro de los límites impuesto por el Derecho comunitario»¹³³ y se corresponde con un criterio de distribución de la carga de la prueba que siempre se ha considerado razonable en el ámbito tributario. Sin embargo, puede existir un punto de inflexión para modular las consecuencias rígidas de este criterio. Este punto de inflexión puede venir marcado, en casos como el *Hein Persche*, por el hecho de que el contribuyente haya cumplido con sus deberes de colaboración para recabar las pruebas requeridas y pese a ello no haya podido cumplir con el *standard of proof* requerido por la norma nacional. Sobre todo en contextos transnacionales en que las pruebas solicitadas para la concesión de la ventaja fiscal no atañen directamente al contribuyente que la solicita, sino a un tercero establecido en otro Estado miembro, que puede no estar dispuesto a poner a disposición de una autoridad extranjera documentación propia con relevancia tributaria. Parece razonable modular las consecuencias estrictas del reparto de la carga de la prueba de acuerdo con el criterio de la «no imputabilidad» al contribuyente del fracaso en la prueba¹³⁴. En definitiva, el hecho de que existan mecanismos de intercambio de información entre Estados introduce también un parámetro de reflexión sobre la *proporcionalidad de las cargas probatorias* que deben asumir ambas partes, Administración y contribuyentes¹³⁵. Hoy, la reciente aprobación de una nueva Directiva *relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad*, la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero¹³⁶, que sustituye a la anterior Directiva 77/799/CEE, avanza hacia la obligatoriedad de los intercambios de información, suprimiendo algunos de los límites hasta ahora existentes en cuanto al tipo de información intercambiable y los cauces para llevar a cabo el intercambio. A estos efectos, destaca lo dispuesto en su artículo 16.5: «Los organismos competentes del Estado miembro requerido podrán aducir como elementos de prueba (...) la información, los informes, las declaraciones y cualquier otro documento, copia autenticada o extracto de estos obtenidos por la autoridad requerida y transmitidos a la autoridad requirente de conformidad con la presente Directiva».

¹³⁰ Vid. STJCE de 27 de enero de 2009, caso *Hein Persche*, C-318/07 (NFJ031286), párrafo 69.

¹³¹ Vid. VAN DAM, J.: «Persche. Tax deduction for croos border donations permitted. ECJ», *H&I; Vakstudie*, Kluwer, núm. 4/2009, pág. 94.

¹³² De hecho, Alemania modificó, con fecha de 18 de abril de 2010, su legislación sobre IRPF para adaptarla a la decisión del caso Persche, a pesar de que sigue recayendo sobre el contribuyente la carga de probar que el organismo de utilidad pública residente en el extranjero es similar o idéntico a los de estas mismas características nacionales.

¹³³ STJCE de 27 de septiembre de 2007, Caso *Twoh International BV*, C-184/05 (NFJ026439), párrafo 26.

¹³⁴ Vid. SEER, R.: «The burden of proof», cit., pág. 20.

¹³⁵ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Wolters Kluwer, 2010, pág. 1.258.

¹³⁶ DO 11.3.2011.

De todo ello, podemos extraer las siguientes directrices en relación con la carga de la prueba:

1. En principio, como regla general, en los casos de exenciones o ventajas fiscales, corresponde al contribuyente la carga de la prueba de que tiene derecho a acogerse a la exención o al beneficio fiscal.
2. Los Estados miembros disponen de otros mecanismos de obtener información y pruebas, que van más allá de las meras pruebas facilitadas por el contribuyente y nada impide que estos se empleen antes de denegar al contribuyente un determinado régimen fiscal.
3. Los Estados miembros no pueden reducir el ámbito de aplicación de una ventaja fiscal simplemente porque concurren elementos transfronterizos, han de concurrir razones imperiosas de interés general. Los requisitos de deducibilidad de sus legislaciones deberán construirse conforme a este principio y ser proporcionados.

3. La carga de la prueba en las operaciones vinculadas: el principio de proporcionalidad y la sentencia del TJUE en el caso SGI.

En este apartado son reseñables tres sentencias del TJUE: la Sentencia *Lankhorst-Hohorst*, de 12 de diciembre de 2002 (NFJ013286), la Sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, de 13 de marzo de 2007 (NFJ024996) y la reciente Sentencia de 21 de enero de 2010 en el asunto *SGI*, (C-311/08, NFJ036705). En puridad, la última Sentencia es la que se refiere a la regulación de las operaciones vinculadas, estrictamente dichas, mientras que las anteriores son pronunciamientos sobre la compatibilidad comunitaria de las cláusulas de subcapitalización. Por ello, nos centraremos en este último pronunciamiento, si bien la hermandad de naturaleza entre ambos regímenes es evidente. El asunto *SGI* ¹³⁷ analiza la normativa belga sobre operaciones vinculadas aplicable solo a operaciones con no residentes. En virtud de esta normativa, establecida con el objetivo de impedir la evasión fiscal, debían incluirse en los beneficios de las sociedades residentes en Bélgica los ingresos no obtenidos a consecuencia de la concesión de ventajas *anormales* o *benévolas* a sociedades no residentes con las que aquellas mantenían vínculos de dependencia. Ello permitía gravar con cargo a la sociedad residente las cantidades equivalentes, según el caso, al excedente pagado por la sociedad residente en comparación con el precio que se habría pagado en una situación de plena competencia, o al lucro cesante experimentado por esta misma sociedad ¹³⁸. Al mismo tiempo, en el caso de que quien recibiera el pago fuera una sociedad con pérdidas nacionales, la norma belga imponía que la sociedad no pudiera compensar las pérdidas con beneficios «fuera de mercado». El resto de operaciones vinculadas nacionales parece que no se incluían en el ámbito de aplicación de la norma. El hecho de que esta normativa tuviese distintos efectos en función de si la sociedad vinculada que recibía el pago era o no residente en Bélgica, es lo que podía suponer un obstáculo o restricción a la libertad comunitaria de establecimiento. Dicho obstáculo o restricción puede, no obstante, entenderse justificado, a juicio de la Abogada General (AG) Kokott, en función de dos exigencias imperativas de interés general: el reparto equilibrado de la potes-

¹³⁷ Véase un comentario en RODRÍGUEZ GARCÍA, A. y FERNÁNDEZ DE BEAUMONT, I.: «El caso *Société de Gestion Industrielle (SGI)* y sus implicaciones para España», *Crónica Tributaria. Boletín de Actualidad* 2/2011, págs. 19 y ss.

¹³⁸ *Vid.* párrafo 26.

tad tributaria y la lucha contra el fraude fiscal. Sin embargo, para ello la medida debe ser «proporcionada» y este test de proporcionalidad depende precisamente, en opinión de la AG, de la posibilidad de prueba en contrario por el contribuyente: *es necesario permitir que el contribuyente pueda probar que su conducta responde a motivos económicos válidos, a razones comerciales que justifiquen la divergencia con respecto al precio de mercado en sus operaciones con partes vinculadas* ¹³⁹.

El TJUE confirma la opinión de la AG y llega a la conclusión de que la normativa belga está justificada, a pesar de que **no** sea una medida destinada a excluir únicamente los montajes puramente artificiales, como sucedía en casos anteriores como *Cadbury-Schweppes* o en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. El TJUE entiende que una normativa nacional como la belga, que *no tiene por objeto específico excluir de la ventaja fiscal que establece los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica*, puede, no obstante, reputarse justificada por el objetivo de prevenir la evasión fiscal, considerado junto con el mantenimiento del reparto equilibrado del poder tributario entre los Estados miembros ¹⁴⁰. En este sentido, el TJUE reconoce que *permitir a las sociedades residentes que concedan ventajas anormales o benévolas a sociedades con las que mantienen vínculos de interdependencia y que están domiciliadas en otros Estados miembros sin establecer ninguna medida fiscal correctora implica el riesgo de que, mediante montajes puramente artificiales, se organicen transferencias de ingresos en el seno de un grupo de sociedades hacia los Estados que apliquen tipos más moderados o en los que esos ingresos no se graven* ¹⁴¹.

A pesar de esta justificación, la normativa controvertida debe ser además «proporcionada» (*no ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de reparto equilibrado de la potestad tributaria y prevención de la evasión fiscal*). La medida será proporcionada cuando ¹⁴²:

- El contribuyente pueda presentar (probar), sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que celebró la transacción.
- Si la comprobación de tales elementos lleva a la conclusión de que la transacción va más allá de lo que las sociedades habrían convenido en circunstancias de plena competencia, la medida fiscal correctora se limite a la fracción que supere lo que habría sido convenido de no existir una relación de interdependencia.

Según el Gobierno belga, ello quedaría asegurado puesto que la carga de la prueba de la existencia de una ventaja «anormal» o «benévola» en el sentido de la normativa sobre operaciones vinculadas incumbe a la Administración Tributaria y cuando la Administración aplica dicha normativa *el contribuyente puede presentar elementos relativos a las eventuales razones comerciales por las que se celebró la transacción de que se trate*. Señala que el contribuyente dispone para ello del plazo de un mes y si la Administración persiste en su voluntad de liquidar el impuesto, el contribuyen-

¹³⁹ Vid. conclusiones de la AG Kokott, párrafo 77.

¹⁴⁰ Vid. párrafo 66 de la sentencia.

¹⁴¹ Vid. párrafo 67 de la sentencia.

¹⁴² Vid. párrafos 71 y 72 de la sentencia.

te puede impugnar la liquidación ante los tribunales ¹⁴³. El TJUE remite la comprobación de estos extremos al tribunal nacional, pero en la medida en que no hace observaciones al respecto parece dar a entender que si efectivamente la distribución de la carga de la prueba está así establecida, la normativa belga sobre operaciones vinculadas será proporcionada ¹⁴⁴. Cuestión distinta, que la sentencia no deja clara, es cuál ha de ser en el caso de las operaciones entre partes vinculadas el umbral de certidumbre o *standard of proof* que deba cumplir, en particular, el contribuyente, para cumplir con la carga de probar que su transacción tuvo razones comerciales. El TJUE parece exigir tan solo que el contribuyente pruebe que tuvo razones o motivos comerciales válidos, sin embargo la AG identifica dichas razones o motivos comerciales con la conducta que habrían tenido partes independientes en condiciones de libre concurrencia, lo cual reconduce la prueba a que en las transacciones efectuadas entre partes vinculadas se hayan utilizado precios de mercado. Sin embargo, la existencia de «motivos económicos válidos» desde el punto subjetivo de las partes vinculadas puede ser independiente de ello, como se puso de manifiesto en los casos *Lankhorst* o *Thin Cap Group Litigation*, donde el TJUE admitió los motivos comerciales subjetivos de los grupos empresariales que justificaban el nivel de endeudamiento de sus filiales ¹⁴⁵.

Conclusiones en relación con la carga de la prueba

1. Como regla general, en las operaciones vinculadas la carga primaria de la prueba de que el precio de transferencia pagado en una transacción ha sido anómalo o benévolo (no ha sido conforme a mercado) corresponde a la Administración.
2. No obstante, la normativa sobre operaciones vinculadas siempre debe permitir al contribuyente poder probar frente a la Administración los motivos o razones comerciales por los que celebró la transacción.
3. La posibilidad de probar en contrario para el contribuyente no debe estar sujeta a restricciones administrativas excesivas (*principio de proporcionalidad*).

Consecuencias para el Derecho Tributario español: el artículo 16 del TRLIS

Tras esta sentencia, interpretada junto con pronunciamientos anteriores como los de *Thin Cap Group Litigation*, la regulación española actual sobre operaciones vinculadas y la práctica administrativa en relación con ella suscita las siguientes reflexiones desde el punto de vista de su «configuración probatoria»:

1. En principio, conforme a la regla general de la carga de la prueba y la práctica administrativa española, corresponde a la Administración la carga de probar que los precios de trans-

¹⁴³ Vid. párrafo 73 de la sentencia.

¹⁴⁴ En este sentido, *vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Operaciones vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una nueva reforma del artículo 16 TRLIS?», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.): *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, 2010, pág. 101.

¹⁴⁵ Vid. CALDERÓN CARRERO, J.M.: «La coordinación europea...», cit., pág. 15; MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Operaciones vinculadas...», cit., pág. 90.

ferencia satisfechos no responden al principio de plena competencia (*at arm's length*)¹⁴⁶. Esto es, la carga primaria de la prueba recae sobre la Administración.

2. No obstante, el artículo 16 del TRLIS reduce notablemente la carga de la prueba que pesa sobre la Administración, al prever un modelo de ajuste secundario objetivo y automático que descarga a la Administración de la obligación de probar que ha existido intención o propósito elusivo. Esto podría entrar en contradicción con la jurisprudencia del TJUE, especialmente en el caso *Thin Cap Group Litigation*¹⁴⁷.
3. A la luz de la jurisprudencia del TJUE, el contribuyente debería siempre poder probar a la Administración que los precios convenidos en situación de vinculación fueron acordes a las condiciones de mercado. Sin embargo, esto no aparece suficientemente garantizado en la legislación española. Este derecho del contribuyente parece querer salvaguardarse en el artículo 21.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), que excepciona la obligación de la Administración de practicar el correspondiente ajuste de la operación –ajuste secundario– cuando el contribuyente acredite que en atención a la finalidad y/o características de la operación no procede, por falta de sentido, practicar el ajuste. Ello, en cierto modo, invierte la carga de la prueba sobre el contribuyente. El problema es que lo que no está claro es el *standard of proof* que esta carga comporta y cuánto debe probar el contribuyente para excluir el ajuste. Una interpretación de esta normativa en armonía con la jurisprudencia del TJUE más arriba expuesta debe permitir al contribuyente excluir la aplicación de la regulación sobre operaciones vinculadas si aporta pruebas de que su comportamiento tiene razones o motivos comerciales válidos. La duda sin embargo es ¿incluso si se aparta del precio que correspondería a condiciones de libre competencia? Esto es lo que no queda claro tras el caso *SGI*, si la prueba por parte del contribuyente de los motivos económicos válidos es suficiente.
4. La conclusión anterior se extiende lógicamente también a la normativa de subcapitalización, en la medida en que esta es también una normativa sobre operaciones vinculadas. Sin embargo aquí la compatibilidad de la norma española con el principio de plena competencia plantea menos problemas porque está más claro el *standard of proof* que se requiere por parte del contribuyente: *el contribuyente debe justificar su nivel de endeudamiento, probando que es de mercado en su sector o considerando sus circunstancias*¹⁴⁸. La normativa de subcapitalización debe permitir esta prueba en cualquier momento. En este sentido, la Resolución del ECOFIN sobre cláusulas anti-abuso de 8 de junio de 2010¹⁴⁹ recomienda que cuando las normas sobre subcapitalización utilicen indicadores que sugieran una atribución artificial de beneficios, como un determinado coeficiente de endeudamiento, estos funcionen como meros indicios. Ello sugiere la necesidad de replantear la redacción de la norma española, donde la ratio fija de endeudamiento funciona como una ficción jurídica, porque lo demás es forzar su interpretación.

¹⁴⁶ Así, lo ha entendido, por ejemplo el TSJ de Madrid, en Sentencia de 28 de marzo de 2008 (NFJ029076), ante un caso de subcapitalización.

¹⁴⁷ *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Operaciones vinculadas...», cit., pág. 97.

¹⁴⁸ En este sentido, CALDERÓN CARRERO, J.M.: «La coordinación europea...», cit., pág. 10.

¹⁴⁹ DOUE C 156, 16.6.2010.

5. El artículo 16 del TRLIS obliga al contribuyente a elaborar y mantener a disposición de la Administración una prolija documentación que permita verificar y comprobar que se han aplicado precios de mercado en sus operaciones. Ello implica para el contribuyente un deber, no una carga en el sentido iusprivatista del término. Pero la existencia de este deber de documentación tiene importantes consecuencias para la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba. Mediante este deber, la Administración obliga al contribuyente a «preconstituir» su propia prueba y se asegura que en un eventual procedimiento de comprobación el contribuyente esté en condiciones de justificar los precios declarados como precios de mercado. En este sentido, su imposición actúa como regla de distribución de la carga de la prueba (*burden of production*). La consecuencia es que si el contribuyente no está en condiciones de justificar sus precios como precios de mercado, porque no ha llevado la documentación o esta es insuficiente, la carga de la prueba se invierte sobre el contribuyente, que deberá correr con el riesgo derivado de esta falta de prueba. Pero, a sensu contrario, si la documentación se ha llevado apropiadamente ello protege al contribuyente a modo de un *safe haven* y la carga de la prueba de la adecuación a mercado de los precios de transferencia permanece, conforme a la regla primaria de distribución de la carga de la prueba, con la Administración ¹⁵⁰. Cuestión aparte es la desproporción con la que aparece regulada esta obligación de documentación por su alcance y contenido obligatorio para grupos multinacionales, que ha levantado ya muchas críticas ¹⁵¹ y su falta de diferenciación adecuada entre operaciones internas e internacionales, a pesar de las reformas introducidas con el objetivo de reducir las obligaciones formales de documentación ¹⁵².

6. En cuanto a la justificación del valor normal de mercado, el actual artículo 16.4 del TRLIS señala los métodos de valoración para la determinación del valor normal de mercado, en línea con las Directrices OCDE sobre precios de transferencia, dejando libertad en cuanto a su elección, sin indicar cuándo ha de aplicarse uno u otro. No obstante, el artículo 16.5 dispone que *el análisis de comparabilidad y la información sobre las operaciones equiparables constituyen los factores que determinarán, en cada caso, el método de valoración más adecuado*. Del mismo modo que a la luz de la jurisprudencia del TJUE la normativa sobre operaciones vinculadas no debería poder aplicarse a los casos en que el contribuyente pruebe que sus precios de transferencia responden a razones o motivos comerciales, la Administración no debería realizar sus ajustes sobre la base de presuntas violaciones del principio de plena competencia, que no estén suficientemente verificadas en función de los datos e informaciones disponibles. Sin embargo, en los momentos actuales, se aprecia una vuelta de tuerca sobre la concepción del principio de plena competencia en la jurisprudencia del TJUE, que aboga por un examen del comportamiento del contribuyente en su conjunto. Por ello, coincidimos en la apreciación de que *en la medida en que la fijación del precio de transferencia responda a motivos comerciales que el contribuyente pueda expli-*

¹⁵⁰ En este sentido, también, véase la opinión de SEER, R.: «The burden of proof», cit., pág. 24.

¹⁵¹ Entre otros, MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Operaciones vinculadas...», cit., pág. 98.

¹⁵² El Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, estableció en su artículo 14 una simplificación de estas obligaciones para las empresas de reducida dimensión, además de la imposición de límites a las sanciones. Sin embargo, de ello se excluían las operaciones vinculadas internacionales. Además, el Real Decreto 897/2010, de 9 de julio, modificó el RIS en esta materia, pero sin establecer una adecuada distinción entre operaciones internas o internacionales, salvo en el caso de transacciones realizadas con paraísos fiscales.

car, los ajustes que la Administración pretenda realizar con datos objetivos posteriores deberían quedar descartados ¹⁵³.

En definitiva, esta regulación pone de manifiesto que una correcta interpretación de la carga de la prueba es un aspecto crucial para abordar el tratamiento de las operaciones vinculadas y el legislador debiera tenerlo presente si se decide a acometer una reforma de esta regulación como vienen demandando profesionales y estudiosos. En ella, no debiera perderse de vista que si se desea establecer un sistema más acorde con las tendencias internacionales y con la filosofía dimanante de las Directrices OCDE sobre precios de transferencia, la regulación de las operaciones vinculadas quizá debiera basarse más en la idea de «cargas» que en la de «deberes» u obligaciones, de tal modo que el contribuyente queda requerido a adoptar un comportamiento en su propio interés y no en virtud de la imposición de sanciones. Ello demanda, no obstante, una correcta delimitación de lo que cabe considerar documentación «apropiada» a cada grupo societario. La cuestión es si tanto Administración como contribuyentes están preparados para ese cambio, porque las «cargas» son susceptibles de invertirse, mientras que los deberes u obligaciones no.

V. REFLEXIONES FINALES

La cuestión de la carga de la prueba presenta dos facetas que cumplen funciones distintas, como regla de juicio (*standard of proof, burden of persuasion*) y como carga de aportación de la prueba (*burden of production*). En Derecho Tributario, es indiscutible la vigencia del primero de estos aspectos, pero es más discutible el segundo por la presencia de obligaciones formales que actúan una distribución «encubierta» de la carga de la prueba. Sin embargo, en determinados ámbitos, como en la regulación de operaciones vinculadas, quizá debiera replantearse esta configuración teniendo en cuenta que uno de los efectos más importantes de la distribución de la carga de la prueba es precisamente que permite al legislador inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados. Sin perjuicio de ello, el correcto cumplimiento de sus obligaciones por parte del contribuyente debe reflejarse en una eventual decisión basada en la carga de la prueba como regla de juicio, modulando sus resultados.

Otra forma muy frecuente de establecer normas de distribución de la carga de la prueba en Derecho Tributario es a través de presunciones. Estas pueden invertir la carga de la prueba sobre el contribuyente y ello es muy frecuente en situaciones tributarias transfronterizas. Especialmente en el ámbito de normas fiscales anti-abuso del Derecho Tributario Internacional. Ello resalta una nueva funcionalidad de la carga de la prueba como instrumento legislativo en la lucha contra el abuso fiscal, que no puede ser ajena a la doctrina del TJUE sobre normas tributarias anti-abuso y carga de la prueba, cuyas directrices van a jugar un importante papel. Quizá la lucha contra el abuso en materia fiscal debiera abordarse cada vez más como una cuestión «de hecho», no solo como una «cuestión de derecho», valga la simplificación.

¹⁵³ MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Operaciones vinculadas...», cit., pág. 102.

Bibliografía

- ÁLVAREZ BARBEITO, P. [2010]: «Reflexiones sobre la aplicación de la responsabilidad subsidiaria prevista en la LGT a los partícipes en las tramas de fraude del IVA» en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi.
- BOLDÓ RODA, C. [2006]: *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, 4.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra.
- CENCERRADO MILLÁN, E. [2010]: «La subcapitalización», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, Madrid.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [2010]: *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, Wolters Kluwer.
- [2010]: «La coordinación europea de las normas de transparencia fiscal internacional y de subcapitalización», *RCyT*, CEF, núm. 328.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2004]: «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», *Crónica Tributaria*, núm. 111 (41-98).
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y RUIZ-ALMENDRAL, V. [2005]: «¿Es compatible la norma española anti "Directive-Shopping" con el Derecho Comunitario? (A propósito de la Resolución del TEAC de 15 de octubre de 2004)», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 11 y disponible en www.westlaw.es (BIB 2005\1708).
- [2010]: «La codificación de la "doctrina de la sustancia económica" en EE.UU. como nuevo modelo de norma general anti-abuso: la tendencia hacia el sustancialismo», *Quincena Fiscal*, núm. 15, Aranzadi, también disponible en www.westlaw.es (BIB 2010\1686).
- CARNELUTTI, F. [1952]: «Pruebas civiles y pruebas penales» en *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2007]: «Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal», Aranzadi, Navarra.
- DAVIS, M. [1994]: «The value of Truth and the Optimal Standard of Proof in Legal Disputes», *J.L. Econ. & Org.* núm. 10.
- DE CASTRO Y BRAVO [1991]: *El negocio jurídico*, Madrid, pág. 334.
- DELGADO PACHECO, A. [2004]: *Las Normas Antielusión en la Jurisprudencia Tributaria Española*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- [2005]: «Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional», en *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, septiembre-octubre, núm. 825.
 - [2008]: «El "levantamiento del velo" en la Ley General Tributaria y en la aplicación del IVA», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 280.
- DEVIS ECHANDÍA, H. [1981]: *Teoría general de la prueba judicial*, T. I, 5.^a ed., Buenos Aires.
- DÍEZ PICAZO [1983]: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, 2.^a ed., Madrid.
- DRÜEN, K.D. [2010]: «Comentario al §42 de la Ordenanza Tributaria Alemana», en TIPKE, K. y KRUSE, H.W., *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung Kommentar zur AO und FGO*, Köln, T. I.
- DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A. [2007]: «Los motivos económicos como técnica contra la elusión fiscal: economía de opción, autonomía de la voluntad y causa en los negocios», Aranzadi, Navarra.

- FALCÓN Y TELLA, R. [1995]: «Negocio indirecto y fraude de ley», *Quincena Fiscal*, núm. 6.
- [1997]: «Interpretación jurídica y primas únicas», *Quincena Fiscal*, núm. 22.
 - [2006]: «Las cadenas de fraude del IVA y la STSJ de 12 de enero de 2006: la incompatibilidad con la Sexta Directiva de los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General Tributaria y en el anteproyecto de Ley de Prevención del Fraude», *Quincena Fiscal* 2.
 - [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.
- GARCÍA CARRETERO, B. [2008]: «La presunción de residencia fiscal introducida por la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del fraude fiscal con relación a las entidades radicadas en países o territorios de nula tributación o considerados como paraísos fiscales», *Quincena Fiscal*, núm. 12.
- GARCÍA CUERVA, S. [2007]: «Las reglas generales del onus probandi» en LLUCH, X.A y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), *Objeto y carga de la prueba civil*, Bosch.
- GARCÍA NOVOA, C. [2004]: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Marcial Pons, Madrid.
- [2006]: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I)», *Quincena Fiscal*, núm. 9.
 - [2006]: «El proyecto de Ley de Prevención del Fraude (II)», *Quincena Fiscal*, núm. 10.
- GARCÍA PRATS, A. [2002]: «Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario», en SOLER ROCH, M.^a T. y SERRANO ANTÓN, F. (dirs.), *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el derecho comunitario*, IEF, Madrid.
- [2010]: «Las operaciones vinculadas y los precios de transferencia: la aplicación del principio de libre competencia. Valoración a valor de mercado», CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF, Madrid.
- GÓMEZ CALLE, E. [1995]: Voz «Simulación», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Madrid.
- GOLDSCHIMDT, J. [1936]: *Derecho Procesal Civil*, Prieto Castro traduct., Labor, Barcelona.
- GÓMEZ POMAR, F. [2001]: «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva», *InDret* 1, pág. 5, disponible a través de www.inDret.
- HARTMANN, B. [1981]: «Beweisswürdigung und Beweislast im Besteuerungsverfahren», *Die Wirtschaftsprüfung*, núm. 6.
- HERRERA MOLINA, P.M. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. [2002]: «El fraude a la ley tributaria en el derecho español», en SOLER ROCH, M.^a T y SERRANO ANTÓN, F., *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, IEF.
- HERTER, W. [1985]: «Beweislast und Beweiswürdigung im Besteuerungsverfahren», *Der Betrieb*.
- HEUER, G. [1952]: «Die Beweislast im Steuerermittlungsverfahren und Steuersverfahren», en *Deutsche Steuer-Zeitung*, núm. 20.
- LÓPEZ LÓPEZ, H. [2009]: *La responsabilidad tributaria por «levantamiento del velo» (Una errónea articulación normativa para una discutible doctrina jurisprudencial)*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid.
- LÓPEZ MOLINO [1998]: «Los negocios en fraude de ley tributaria, los negocios simulados y los negocios indirectos (arts. 24, 25 y 28.2 LGT)», *Crónica Tributaria*, núm. 85.
- LÓPEZ TELLO, J. [2003]: «La cláusula antiabuso del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria», *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*.

- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. [1996]: *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*, Mc Graw-Hill, Madrid.
- MARINO, G. [2008]: «Brevi note sull'onere della prova nel diritto tributario internazionale», *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, vol. V, núm. 1.
- MARTENS, J. [1981]: «Die eigenartige Beweislast im Steuerrecht», *Steuer und Wirtschaft*, núm. 4.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2007]: *Los supuestos de responsabilidad en la LGT (Hacia una Configuración Constitucional y Comunitaria de la Responsabilidad Tributaria)*, Thomson-Aranzadi.
- [2010]: «Operaciones vinculadas y Derecho Comunitario: ¿Es necesaria una nueva reforma del artículo 16 TRLIS?», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*, CEF.
- MARTÍNEZ LAGO, M.A. y ALMUDÍ CID, J. [2007]: «Autotutela tributaria, levantamiento del velo y derivación de la responsabilidad a las sanciones (Análisis de los nuevos supuestos de responsabilidad tributaria incorporados a la Ley General Tributaria por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre y del procedimiento de derivación de la responsabilidad a las sanciones tributarias), *RCyT*, CEF, núm. 297.
- MICHEL, G.A. [1970]: *Curso de Derecho Procesal Civil*, vol. II (trad. Sentís Melendo), Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- MUÑOZ SABATE, L. [2001]: *Fundamentos de la prueba judicial civil*, Bosch, Barcelona.
- NIERHAUS, M. [1989]: *Beweismass und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess*, München.
- OSTERLOH, L. [1992]: *Gesetzesbindung und Typisierungsspielräumen bei der Anwendung der Steuergesetze*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- PALAO TABOADA, C. [1991]: «La prueba en el procedimiento de gestión tributaria», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, vol. II, IEF, Madrid.
- [1994]: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición», *RCyT*, CEF, núms. 137-138.
 - [2003]: «Nuevas posibilidades de la lucha contra el fraude (II): valoración de las nuevas soluciones a la luz de la experiencia comparada y la jurisprudencia comunitaria», Ponencia presentada al Seminario *La nueva Ley General Tributaria*, celebrado por la UIMP, Santander, 8 de julio.
 - [2007]: «New Income Tax Law and anti-fraud legislation in Spain», *Bulletin for International Taxation*, vol. 61, núm. 4.
 - [2009]: «Los instrumentos normativos contra la elusión fiscal» en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid.
 - [2009]: «¿Existe el fraude a la ley tributaria?», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid.
 - [2009]: «Transparencia fiscal internacional y Derecho Europeo: conclusiones del abogado general en el asunto *Cadbury Schweppes*», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid.
 - [2009]: «Los motivos económicos válidos en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales», *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid.
- PÉREZ ROYO, F y AGUALLO AVILÉS, A. [1996]: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*, Pamplona.
- PONT MESTRES, M. [1991]: «Comprobación y liquidación» en AA.VV., *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma (Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda)*, vol. II, IEF, Madrid.
- POSNER, R. [1999]: «An Economic Approach to the law of Evidence», *Stanford Law Review*, núm. 41.

- RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M. [2003]: «Carga de la prueba, medida de la prueba y valoración de la prueba», *RCyT. CEF*, núm. 244.
- [2007]: *La prueba en Derecho Tributario*, Aranzadi, Navarra.
- ROSEMBUIJ, T. [1999]: *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*, 2.ª ed., Madrid.
- ROSENBERG, L. [2002]: *La carga de la prueba*, trad. E. Krotoschin, 2.ª ed., IB deF, Montevideo-Buenos Aires.
- RUIZ ALMENDRAL, V. [2006]: *El fraude a la ley tributaria a examen*, Thomson-Aranzadi.
- [2010]: «¿Tiene futuro el test de los "motivos económicos válidos" en las normas anti-abuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derecho de la Unión Europea)», *RCyT. CEF*, núms. 329-330.
- RUIZ GARCÍA, J.R. [1987]: *La liquidación en el ordenamiento tributario*, Civitas, Madrid.
- SANZ GADEA, E. [2000]: «La subcapitalización», *RCyT. CEF*, núm. 206.
- SCHAUER, F. [2009]: *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Harvard University Press.
- SENTÍS MELENDO, S. [1979]: *La prueba*, Buenos Aires, EJEa.
- SEOANE SPIELGEBERG, J.L. [2002]: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi.
- SCHWARTZ, J.S. [2008]: «Abuse and EU Tax Law», *Bulletin for International Taxation*, vol. 62, núm. 7, págs. 289-290.
- SEER, R. [1996]: *Verständigungen in Steuerverfahren*, Cologne.
- SEER, R., «The burden of proof- National Report: Germany», pág. 4, EATLP Conference, June, Uppsala, disponible en www.eatlp.org.
- SIMÓN ACOSTA, E. [2005]: «Del fraude de Ley al conflicto en la aplicación de las normas», en AA.VV., *Economía, Derecho y Tributación. Homenaje a Gloria Begué Cantón*, Universidad de Salamanca.
- SOLER ROCH, M.ª T. [2009]: «El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia europea y española» en *V Congreso Tributario: Cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad*, Estudios de Derecho Judicial, 156.
- TIPKE, K. y LANG J. [1996]: *Steuerrecht*, 16.ª ed., Otto Schmidt, Köln, § 22, marg. 3.
- TERRA, J.M. y WATTEL, P. [2001]: *European Tax Law*, Kluwer.
- VAN DAM, J. [2009]: «Persche. Tax deduction for cross border donations permitted. ECJ», *H&I: Vakstudie*, Kluwer, núm. 4.
- VEGA BORREGO, F.A. [2002]: «La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y el derecho comunitario», *Crónica Tributaria*, núm. 104.
- ZABALA RODRÍGUEZ- FORNOS, A. [1997] «Simulación y levantamiento del velo en el ámbito tributario», *Tribuna Fiscal*, n.º 85.
- ZORNOZA PÉREZ, J.J. [2000]: «La simulación en Derecho Tributario», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (BOICAM)*, núm. 16, 3.ª época, septiembre.
- [2010]: «La simulación en Derecho Tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YÚRRITA, M.A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi.

REQUISITOS EXIGIBLES A LOS TERRENOS PARA APLICAR LA DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

JOAN PAGÈS I GALTÉS

*Catedrático de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)*

PABLO NAVARRO FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)
Abogado del Estado excedente*

Extracto:

TRADICIONALMENTE el legislador del Impuesto sobre Sociedades ha venido regulando un beneficio fiscal para favorecer la reinversión empresarial, siendo que, también tradicionalmente, ha sido un constante foco de conflictos concretar los requisitos exigibles, máxime cuando se trata de terrenos de empresas inmobiliarias, donde la barrera entre los conceptos contables de existencias y de inmovilizado es muy difusa.

De ahí que en el presente trabajo nos hayamos ocupado de estudiar de forma pormenorizada tales requisitos a la luz de las doctrinas científica y jurisprudencial susceptibles de traer a colación.

Palabras clave: deducción, reinversión, sociedades, terrenos, existencias e inmovilizado.

CONDITIONS APPLICABLE TO THE LAND TO IMPLEMENT THE DEDUCTION FOR REINVESTMENT IN THE INCOME TAX

JOAN PAGÈS I GALTÉS

*Catedrático de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)*

PABLO NAVARRO FERNÁNDEZ

*Profesor de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Reus)
Abogado del Estado excedente*

Abstract:

TRADITIONALLY the legislator of the Corporate Tax has come regulating a tax benefit to bring on corporate reinvestment, being that, also traditionally, has been a constant focus of conflict specify the required requirements, especially when it comes to terrains of real estate companies, where the barrier between the accounting concepts of stocks and immobilized is very diffuse.

Hence in this paper we have dealt with to study in detail such requirements in the light of scientific and jurisprudential doctrines susceptible to bring to collation.

Keywords: deduction, reinvestment, corporate, terrains, stocks and immobilized.

Sumario

1. Planteamiento.
2. Antecedentes.
 - 2.1. LIS de 1978: exención por reinversión.
 - 2.2. LIS de 1995: diferimiento impositivo por reinversión.
 - 2.3. Ley 24/2001 de reforma de la LIS de 1995: deducción por reinversión.
 - 2.4. Ley 35/2006 de reforma del TRLIS de 2004: deducción por reinversión.
3. Ley 16/2007 de reforma del TRLIS de 2004: aspectos del elemento objetivo de la vigente deducción por reinversión.
4. Aspecto material.
 - 4.1. Normativa.
 - 4.2. Concepto de inmovilizado.
 - 4.3. Concepto de inversiones inmobiliarias.
5. Aspecto funcional.
 - 5.1. Normativa.
 - 5.2. Conceptos de afectación y de funcionamiento.
6. Aspecto temporal.
 - 6.1. Normativa.
 - 6.2. Cómputo del plazo.
7. La culpabilidad en el procedimiento sancionador.
8. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

Partiendo de las teorías económicas proclives a fomentar la inversión empresarial ¹, tradicionalmente la normativa del Impuesto sobre Sociedades (IS) ha contemplado un beneficio fiscal tendente a minorar la carga impositiva de los incrementos o ganancias patrimoniales que, derivando de la transmisión de activos fijos, se destinan a la reinversión, esto es, a la adquisición de otros activos fijos.

Uno de los principales problemas que ha planteado esta normativa es el de la concreción de los activos que dan derecho al beneficio fiscal.

Las desavenencias entre la Administración tributaria y los contribuyente son un clásico en esta materia, pues, por de pronto, no siempre es fácil concretar cuándo estamos ante un activo fijo (inmovilizado) o un activo circulante (existencias), máxime cuando se trata de terrenos de empresas inmobiliarias.

¹ Así, J. QUINTAS BERMÚDEZ, en la obra colectiva *Impuesto sobre Sociedades*, correspondiente al t. IV. vol. 2.º de la colección *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1986, pág. 235, explica que: «Las diferentes teorías económicas vienen a coincidir en atribuir un papel preponderante a la inversión empresarial como forma de garantizar un desarrollo económico sostenido y, específicamente, para superar las fases de recesión. Por ello, no ha de extrañar que este reconocimiento haya dado lugar a reclamar un posicionamiento de la fiscalidad a favor de la inversión. Por ello, no ha de extrañar que en el tratamiento fiscal de las rentas empresariales se incluyan mecanismos de reducción de la carga fiscal atendiendo al comportamiento inversor de la empresa».

Se trata, como dice F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998, pág. 321, que «Una de las vías que se suele seguir por muchas entidades para financiar la renovación de los elementos patrimoniales de su inmovilizado es la de la venta previa de los activos que se quieren renovar y con el importe obtenido al comprar los nuevos elementos. Este método de realizar nuevas inversiones tiene, sin embargo, en la práctica, un inconveniente de carácter tributario. Y es que el proceso previo de desinversión —es decir, de la venta previa de los elementos del inmovilizado— puede originar un "beneficio extraordinario" o ganancia de capital que, de estar sujeto al Impuesto sobre Sociedades, puede provocar lo que en la teoría de la Hacienda Pública se denomina efecto "cerrojo" (*lock-in-effect*) de las decisiones de desinversión e inversión, que se traduce en una congelación de las transacciones económicas de los bienes afectados, ya que el pago del impuesto podría exigir nuevas aportaciones de capital o bien un mayor endeudamiento de la entidad para poder adquirir esos nuevos elementos patrimoniales».

En efecto, es cierto que desde un punto de vista teórico la diferencia entre ambos tipos de activos parece clara. Así, coincidiendo el activo con el denominado capital en funcionamiento, sustancia o estructura económica, es pacífico sostener que comprende los medios destinados a producir bienes y servicios, clasificándose en estos dos grandes grupos ²:

- a) Circulante: formado por los elementos patrimoniales que se encuentran en constante rotación, viniendo integrado por:
 - 1. Disponible. Dentro del cual se incluyen: 1.1. El dinero existente en caja. 1.2. El dinero existente en las diversas cuentas bancarias.
 - 2. Realizable. Dentro del cual se incluyen: 2.1. Los saldos a nuestro favor de los clientes. 2.2. Los efectos a cobrar. 2.3. Los valores mobiliarios comprensivos de las acciones, obligaciones y títulos públicos, en sus dos modalidades de cartera de renta y de especulación.
 - 3. *Stocks* o existencias de almacén. Dentro del cual se incluyen: 3.1. Las mercaderías. 3.2. Las materias primas. 3.3. Los artículos en fabricación. 3.4. Los productos acabados.
- b) Fijo: activo formado por los elementos patrimoniales vinculados durante cierto tiempo a la empresa, de tal manera que su productividad no deriva de su venta, sino del servicio que prestan, viniendo integrado por:
 - 1. Real. Dentro del cual se incluyen fundamentalmente: 1.1. «Terrenos y edificios». 1.2. Maquinaria. 1.3. Mobiliario.
 - 2. Inmaterial. Dentro del cual se incluyen fundamentalmente: 2.1. Patentes. 2.2. Marcas. 2.3. Fondo de comercio.
 - 3. Ficticio. Dentro del cual se incluyen fundamentalmente: 3.1. Gastos de constitución. 3.2. Primas de emisión de obligaciones. 3.3. Pérdidas a amortizar.

Si nos fijamos, los inmuebles se clasifican en el activo fijo real. La lógica de esta clasificación estriba en que cuando un inmueble es adquirido por una empresa lo normal es que lo utilice de una u otra forma para el ejercicio de su actividad, siendo, por ende, un servidor de la empresa. En este caso, es evidente que el inmueble se vincula durante cierto tiempo a la empresa, de tal manera que su productividad no deriva de su venta, sino del servicio que presta.

En este marco, cabe precisar que el servicio prestado a la empresa por un elemento patrimonial no ha de ser directo ni ha de procurar un resultado económico positivo, sino que puede ser indirecto e, incluso, negativo en términos económicos. De ahí que la teoría contable especifique que los elementos del activo se clasifican en funcionales, antifuncionales y extrafuncionales.

² Cfr. J. ÁLVAREZ LÓPEZ, *Elementos de contabilidad y teneduría de libros*, Ed. J. ÁLVAREZ LÓPEZ, San Sebastián, 1968, págs. 38 a 42.

- (i) Serán «funcionales» si realizan normalmente el cometido que se les ha asignado dentro de la explotación económica. Fundamentalmente, se trata de los bienes que sirven al objeto de la explotación económica, esto es, los bienes afectos a la actividad económica de la empresa (tal y como sucede con los inmuebles destinados al uso propio de la empresa –sede social, oficinas, fábrica, etc.–, o con los inmuebles destinados a la venta o al alquiler por las empresas dedicadas a la actividad de venta y alquiler inmobiliario).
- (ii) Serán «antifuncionales» cuando su uso resulta antieconómico (piénsese en los inmuebles que se hayan quedado anticuados o en los que requieren exagerados gastos de mantenimiento y reparación).
- (iii) Serán «extrafuncionales» si no pertenecen al objeto principal de la explotación. Fundamentalmente, se trata de los bienes que no se utilizan en la explotación económica de tipo empresarial, esto es, los bienes que, aun siendo titularidad de la empresa, no están afectos a su actividad económica (tal y como ocurre con los inmuebles destinados a la venta o alquiler por empresas que no se dedican a la enajenación y al arrendamiento inmobiliario).

De lo anterior se desprende que sobre los terrenos existe una presunción *hominis* a favor de su consideración como activos fijos reales, pues lo normal es que se adscriban por la empresa al ejercicio de su actividad empresarial (v. gr.: oficinas de gestión, aparcamientos de vehículos de personal o clientes, almacenes, etc.), sin que obste a este calificativo la circunstancia de que su uso resulte antieconómico (si producen más costes que beneficios) o que no se destinen al objeto principal de la explotación (como son los inmuebles adquiridos como meras inversiones).

Ahora bien, esta presunción decae cuando se trata de empresas inmobiliarias cuyo objeto social comprende la compra de inmuebles por cuenta propia con la finalidad de venderlos tras, en su caso, su construcción o rehabilitación, pues en tal hipótesis tan ordinario será que la empresa adscriba un terreno al ejercicio de su actividad del mismo modo que lo puede hacer cualquier otra empresa (v. gr.: la sede gestora, aparcamientos de vehículos, almacenes, etc.) y, por ende, formando parte de su activo fijo; como que adquiera terrenos para su venta, ya inmediata, ya previa transformación, encontrándose así en constante rotación y, por ende, formando parte de su activo circulante. Además, aquí surge el problema de lo que acontece con los inmuebles adquiridos como meras inversiones, pues mientras que en las empresas no inmobiliarias existe la presunción de que estos inmuebles forman parte de su activo fijo de carácter extrafuncional (por no destinarse los terrenos a la explotación económica), en las compañías inmobiliarias resulta apriorísticamente difícil diferenciarlos de los terrenos que constituyen su actividad empresarial consistente en la adquisición de terrenos para su venta.

Para resolver estas cuestiones no queda más remedio que acudir a la normativa contable aplicable en cada caso en concreto. Aunque, por supuesto, tratándose de beneficios fiscales, también se deberá de estar a la normativa tributaria que los regula.

Por tanto, acto seguido se analizará la trayectoria histórica del beneficio fiscal por reinversión empresarial, prestando especial atención al caso de los terrenos.

2. ANTECEDENTES

2.1. LIS de 1978: exención por reinversión

Prescindiendo de antecedentes más remotos ³, el origen moderno de este beneficio fiscal se suele situar en el artículo 15.8 de la LIS de 1978 [Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 30 de diciembre)], donde se establecía la exención de los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto en la transmisión de elementos materiales del activo fijo siempre que el importe total de la enajenación se reinvirtiese en bienes de análoga naturaleza, y con las condiciones exigidas por esa norma ⁴.

Semejante exención se relacionaba con la deducción por inversiones prevista en el artículo 26 de la citada LIS de 1978 y desarrollada por los artículos 213 a 220 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1982 (en adelante, RIS de 1982), aprobado mediante el Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre (BOE de 21 a 27 de octubre y de 4 de noviembre), pues cuando se procedía a la reinversión de un incremento patrimonial derivado de la transmisión de un elemento que cumplía tanto los requisitos de la exención como de la deducción, el sujeto pasivo podía optar entre una u otra.

Centrándonos en la exención contemplada en el mencionado artículo 15.8 de la LIS de 1978, GARCÍA LUIS explicó que «tiene una justificación sobradamente conocida y que puede resumirse en la pretensión de facilitar a las empresas la renovación de sus activos, eliminando la posible barrera que pudiera representar para la toma de tales decisiones el gravamen de los incrementos de patrimonio que pudieran derivarse de la venta de los activos que sustituyen o renuevan. De esta forma trata de fomentarse tanto el mantenimiento de la capacidad productiva de la empresa como su incremento por la adquisición de nuevos elementos distintos de los enajenados» ⁵.

El mismo autor destaca que «el precepto dejaba diversas cuestiones abiertas y fundamentalmente la concreción de lo que había de considerarse elemento de activo fijo de las empresas», pues

³ El artículo 2 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 ya estableció que los beneficios o incrementos derivados de la enajenación de elementos de activo fijo no se computarían como ingreso fiscal (lo que suponía su exención) a condición de destinar dichos beneficios a la previsión para inversiones e invertir el producto de la enajenación. Según A. MATERO SÁENZ, *Impuesto sobre Sociedades: Comentarios al Reglamento*, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1984, pág. 197, se pretendía con ello reponer el elemento enajenado y mantener la capacidad productiva de la empresa.

El mismo autor explica que, posteriormente, el artículo de la Ley 41/1964 mantuvo similar régimen pero lo recondujo al sistema general de la previsión por inversiones (si bien, sin límite en la dotación), por lo que solo se exigía la inversión del importe del beneficio o plusvalía, ya que en todo momento se guardaba un equilibrio entre las cuentas activas y pasivas.

⁴ El redactado del artículo 15.8 de la LIS de 1978 era el siguiente: «No obstante lo establecido en el presente artículo, los incrementos de patrimonio que se pongan de manifiesto en la transmisión de elementos materiales del activo fijo de las empresas, necesarios para la realización de sus actividades empresariales, no serán gravados siempre que el importe total de la enajenación se reinvierta en bienes de análoga naturaleza y destino en un periodo superior a dos años y superior a cuatro si durante el primero la sociedad presenta un plan de inversiones a la Administración e invierte durante los dos primeros al menos un 25 por 100 del total del incremento».

⁵ T. GARCÍA LUIS, *Impuesto sobre Sociedades: desgravaciones por inversión y creación de empleo*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1990, pág. 209. Este autor apunta que también se ha visto la finalidad de esta exención en no gravar incrementos de patrimonio meramente monetarios como resultado de un proceso inflacionista.

la regulación que del elemento objetivo del beneficio fiscal realizaba el artículo 15.8 de la LIS de 1978 consistía simplemente en decir que se refería a la transmisión «... de elementos materiales del activo fijo de las empresas, necesarios para la realización de sus actividades empresariales...». Como explica el citado autor, «Este aspecto fue delimitado por el Real Decreto 3061/1979, de 29 de diciembre, regulador del régimen fiscal de la inversión empresarial, donde se contenía su desarrollo completo en los artículos 32 a 40, preceptos que constituyen el antecedente, a veces literal, de la regulación del RIS...», esto es, del ya citado RIS 1982.

El artículo 147.1 de este último reglamento (RIS de 1982) establecía que:

«A estos efectos tendrán la consideración de elementos materiales de activo fijo los que reúnan los siguientes requisitos:

A) Que estén incluidos en alguna de las siguientes categorías:

a) Terrenos sobre los que se desarrolle total o parcialmente la actividad

b) (...)

B) Que sean utilizables durante un tiempo superior al periodo impositivo.

C) Que estén afectos y sean necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad.

D) Que no se hallen cedidos a terceros para su uso, con o sin contraprestación».

Este último requisito (letra D) es consecuencia lógica del citado en penúltimo lugar (letra C), pues si se reclama que el elemento material ha de estar afecto a la actividad empresarial y, en consecuencia, debe ser un elemento necesario para el ejercicio de la actividad empresarial, tendremos que no podrán acogerse a la exención los elementos cedidos a terceros, pues si se ceden es señal que ni están afectos ni, por ende, son necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial ⁶.

Sin embargo, semejante silogismo no resulta aplicable en las empresas que se dedican precisamente a la cesión de elementos patrimoniales, pues los elementos que ceden sí que pueden estar afectos a la actividad y ser necesarios para su ejercicio.

De ahí que se introdujera una norma destinada a paliar la exclusión del ámbito objetivo de la exención, si bien los efectos de esta exclusión se limitaron a la cesión de terrenos en régimen de arrendamiento. Esta norma era el artículo 147.2 del RIS de 1982 donde se establecía que:

«Así mismo gozarán de exención los incrementos patrimoniales puestos de manifiesto en la transmisión onerosa, cualquiera que sea su forma, de terrenos en los siguientes casos:

⁶ Cfr. F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., 1995, pág. 295.

a) Cuando la sociedad que obtenga el incremento patrimonial tenga como objeto exclusivo la adquisición o promoción de fincas urbanas para su explotación en régimen de arrendamiento.

b) Cuando la sociedad transmitente tenga en explotación y en régimen de arrendamiento en el último día del ejercicio precedente una superficie inmobiliaria superior a la que haya enajenado en dicho ejercicio y en el anterior.

c) Si el terreno se transmite juntamente con la finca urbana construida sobre él, cuando dicha finca haya estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a la venta»⁷.

De este modo, pues, el apartado 2 del artículo 147 añadía al ámbito objetivo de la exención otro tipo de terrenos pensando fundamentalmente en las sociedades inmobiliarias⁸ y, de forma más concreta, en las empresas inmobiliarias cuyo objeto fuera el de la explotación de fincas urbanas en régimen de arrendamiento⁹. Aunque también era susceptible de alcanzar a cualesquiera otras empresas por el mero hecho de alquilar fincas urbanas. En efecto:

a) El apartado 1 del artículo 147 se refería a los terrenos que estuvieran afectos y en los que se desarrollara total o parcialmente la actividad de una empresa no dedicada al alquiler, los cuales tenían idéntico régimen que el resto de elementos patrimoniales del activo fijo, requiriéndose, por ende, que fueran utilizables por un tiempo superior al periodo impositivo y que no se hallaran cedidos a terceros. Adviértase que, respecto a las sociedades que no se dedican fundamentalmente al alquiler inmobiliario, los terrenos cuyo uso ceden a terceros son susceptibles de calificarse de activo fijo extrafuncional en la medida que están vinculados durante cierto tiempo a la empresa (lo que determina su calificación de «activo fijo»), pero no pertenecen al objeto de la explotación económica de tipo empresarial (lo que determina su calificación de «extrafuncionales»). De ahí la relevancia que tenía el apartado 1 del artículo 147 en cuanto excluía estos terrenos del beneficio fiscal.

b) El apartado 2 del artículo 147 se refería:

b.1) Por un lado, a los terrenos de empresas dedicadas fundamentalmente al arrendamiento inmobiliario, ya en un sentido formal, por tener como objeto exclusivo la explotación de fincas urbanas en régimen de arrendamiento [art. 147.2 a) RIS de 1982], ya en un sentido material, por tener una superficie inmobiliaria arrendada superior a la que se

⁷ El mismo artículo 147.2 del RIS de 1982 definía lo que debía entenderse por finca urbana. Concretamente se decía que «A los efectos de este apartado, se entiende por finca urbana, tanto el edificio completo como cada uno de los pisos o locales que lo integren según su descripción registral o régimen de propiedad horizontal, siempre que no tengan carácter industrial». Y, además, establecía que para la procedencia de la exención en estos supuesto habían de concurrir, junto a determinados requisitos en la reinversión, dos condiciones: (i) Que los arrendamientos se realizaran sin opción de compra; y, (ii) que los inquilinos, los adquirentes de las viviendas enajenadas y los vendedores de las viviendas en que se materializara la reinversión, no estuvieran directa o indirectamente vinculados con la entidad.

⁸ Cfr. en este sentido M. ROZAS ZORNOZA, en la obra colectiva *Impuesto sobre Sociedades*, correspondiente al t. IV. vol. 1.º de la colección *Comentarios a las Leyes tributarias y financieras*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1986, pág. 600.

⁹ Cfr. M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Escola Universitària d'Estudis Empresarials de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996, pág. 290.

enajena [art. 147.2 b) RIS de 1982]. Se trataba, en consecuencia, de terrenos sobre los que cabía presumir su condición de afectos a la actividad económica arrendadora.

- b.2) Por otro lado, se refería a cualquier terreno con construcción urbana que hubiera estado arrendado durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta [art. 147.2 c) RIS de 1982]. Lógicamente, con esta última hipótesis se estaba pensando en los terrenos arrendados por empresas que, ni formal ni materialmente, se dedicaran de manera empresarial al arrendamiento inmobiliario, esto es, el precepto se refería a empresas que no tenían como objeto exclusivo la explotación de fincas urbanas en régimen de alquiler y que tampoco tenían una superficie inmobiliaria arrendada superior a la que se enajenaba. Aun cuando reconocemos que ello resultaba problemático ¹⁰, entendemos que estábamos ante un activo fijo extrafuncional (esto es, ante un elemento patrimonial que, aun cuando no estaba afecto a la actividad económica de la empresa, sí estaba vinculado a la misma de forma duradera). En todo caso, lo que resulta indiscutible es que con relación al beneficio fiscal bastaba que una finca urbana hubiera estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta para que fuera aplicable el beneficio fiscal a la transmisión conjunta del terreno y de la construcción, lo cual era señal de que se consideraban o, cuanto menos, se equiparaban al resto de bienes del activo fijo incluidos dentro del ámbito material de la exención.

2.2. LIS de 1995: diferimiento impositivo por reinversión

La LIS de 1995 [Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de diciembre)], contempló la exención por reinversión respecto al régimen especial de las empresas de reducida dimensión (art. 127) ¹¹, pero en el régimen general se sustituyó por otra suerte de beneficio fiscal basado en el diferimiento impositivo. Concretamente, en su artículo 21 se establecía un diferimiento del impuesto devengado en los casos de transmisión onerosa de determinados elementos patrimoniales (inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5%), en el sentido de que las rentas obtenidas por su transmisión, una vez corregidas en el importe de la depreciación monetaria, no se integraban en la base imponible, siempre que, cumplimentándose determinados requisitos, su

¹⁰ Así, A. MATERO SÁENZ, *Impuesto...*, cit., pág. 200, entendió que «Esta adición puede plantear problemas a la hora de calificar estos terrenos como activo fijo o circulante (fijo, en principio, según el artículo 147; y circulante por su función en las sociedades inmobiliarias y su tratamiento contable) con subsiguiente incidencia en la aplicación de las actualizaciones legalmente autorizadas».

¹¹ Comparativamente con la exención por reinversión que se regulaba en la LIS de 1978 y en su Reglamento de 1982, la exención por reinversión del artículo 127 de la LIS de 1995 tenía un ámbito objetivo de aplicación más simple. En efecto, como explican M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto...*, cit., pág. 290, «Respecto al ámbito objetivo de la exención, en el artículo 147 del Reglamento de 1982 se establecían, además de diferentes categorías de elementos del inmovilizado material, los requisitos de afectación, necesidad para el ejercicio de la actividad y de la no cesión a terceros para su uso. Se regulaba en el mismo artículo la aplicación de la exención a empresas cuyo objeto era el de adquisición o promoción de fincas urbanas y el de explotación de las mismas en régimen de arrendamiento. El ámbito objetivo del actual [esto es, del que se regulaba en el art. 127 LIS de 1995 para las empresas de reducida dimensión] se reduce a los elementos del inmovilizado material afectos a explotaciones económicas, sin más exigencias».

importe se reinvirtiera, a su vez, en cualquiera de esos elementos patrimoniales dentro de un determinado plazo, siendo que las referidas rentas se imputarían gradualmente a ulteriores periodos impositivos pasando a integrarse en su base imponible ¹².

Es fácil apreciar que el diferimiento impositivo por reinversión consistía en una imputación temporal especial por estar diferida en el tiempo ¹³, lo cual comportaba que resultase menos favorable que la exención por reinversión, pues con aquel, con el diferimiento impositivo, ya no era posible evitar de forma absoluta la tributación de los incrementos de patrimonio que se pusieran de manifiesto con ocasión de la transmisión de activos empresariales ¹⁴.

En todo caso, lo que a nosotros más nos interesa es que el beneficio fiscal en que consistía el diferimiento impositivo por reinversión regulado en la LIS de 1995, tenía en relación con los terrenos un ámbito objetivo de aplicación menos complejo que el contemplado por la LIS de 1978 respecto a la exención por reinversión, pues, según el apartado 1 del artículo 21 de la LIS de 1995, alcanzaba, entre otros, a los «... elementos patrimoniales del inmovilizado, material...», dentro del cual se incluyen los terrenos ¹⁵.

¹² El redactado del artículo 21 de la LIS de 1995 era el siguiente:

«1. No se integrarán en la base imponible las rentas obtenidas, una vez corregidas en el importe de la depreciación monetaria, en la transmisión onerosa de elementos patrimoniales del inmovilizado, material o inmaterial, y de valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de las mismas y que se hubieren poseído, al menos, con un año de antelación, siempre que el importe de las citadas transmisiones se reinvierta en cualquiera de los elementos patrimoniales antes mencionados, dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la entrega o puesta a disposición del elemento patrimonial y los tres años posteriores.

La reinversión se entenderá efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materialice.

2. La Administración tributaria podrá aprobar planes especiales de reinversión cuando concurren circunstancias específicas que lo justifiquen.

Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para la aprobación de los planes que se formulen.

3. El importe de la renta no integrada en la base imponible se sumará a la misma por partes iguales en los periodos impositivos concluidos en los siete años siguientes al cierre del periodo impositivo en que venció el plazo al que se refiere el apartado 1, o, tratándose de bienes amortizables, en los periodos impositivos durante los que se amorticen los elementos patrimoniales en los que se materialice la reinversión, a elección del sujeto pasivo.

4. Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deberán permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de siete años al que se refiere el apartado anterior, excepto que su vida útil conforme al método de amortización, de los admitidos en el artículo 11.1, que se aplique, fuere inferior. La transmisión de dichos elementos antes de la finalización del mencionado plazo determinará la integración en la base imponible de la parte de renta pendiente de integración, excepto que el importe obtenido sea objeto de reinversión en los términos establecidos en el apartado 1.

5. En caso de no realizarse la reinversión dentro del plazo señalado, la parte de cuota íntegra correspondiente a la renta obtenida, además de los intereses de demora, se ingresará conjuntamente con la cuota correspondiente del periodo impositivo en que venció aquel.»

¹³ Cfr. C. GARCÍA NOVOA, en la obra colectiva *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 239.

¹⁴ Cfr. M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto...*, cit., págs. 143 y 144. Aún así, F. ALONSO MURILLO, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 85, se mostró favorable a la introducción del mecanismo del diferimiento por entender que evitaba los problemas que planteaba la exención dispuesta en la anterior regulación.

¹⁵ Cfr. F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., 1998, pág. 322.

Cabe recordar que la exención de la LIS de 1978 estaba pensada para los activos fijos de carácter funcional (esto es, que sirven al objeto de la explotación económica), de ahí que las rentas derivadas de la transmisión de terrenos no pudiesen gozar del beneficio fiscal salvo que fueran necesarios para el ejercicio de la actividad desarrollada por la sociedad, razón por la que no alcanzaba a los terrenos cedidos para su uso a terceros (art. 147.1 RIS de 1982), a no ser, claro está, que se tratara de empresas exclusiva o fundamentalmente dedicadas al arrendamiento de fincas urbanas, pues para ellas los terrenos que ceden son necesarios para el ejercicio de su actividad empresarial formando parte de su activo fijo funcional [art. 147.2 a) y b) RIS de 1982]. Por excepción, se admitía que el beneficio fiscal también se aplicara a determinados terrenos arrendados susceptibles de clasificarse dentro del activo fijo extrafuncional, como los terrenos con construcciones urbanas que hubieran estado arrendados durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta [art. 147.2 c) RIS de 1982].

En cambio, la LIS de 1995 no contempló ninguna regla especial para los terrenos arrendados, y ello porque tampoco exigió que los elementos patrimoniales en general fueran del activo fijo funcional, no requiriéndose que fueran necesarios para la realización de la actividad empresarial de que se tratara. Ciertamente, para los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades, se exigía que la participación se hubiese poseído, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, pero ni tan siquiera este requisito temporal resultaba aplicable a los elementos de inmovilizado, por lo que bastaba la titularidad de dichos elementos para que les resultara aplicable el diferimiento impositivo por reinversión. Por tanto, podían acogerse al beneficio fiscal todos los elementos patrimoniales que hubieran sido adquiridos por la empresa y se hubieran incorporado a su inmovilizado, aunque no hubieran sido utilizados efectivamente en la actividad económica antes de su transmisión¹⁶, de donde se deducía que el beneficio fiscal alcanzaba a todo activo fijo, ya fuera funcional o extrafuncional¹⁷.

2.3. Ley 24/2001 de reforma de la LIS de 1995: deducción por reinversión

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre), derogó el artículo 21 de la LIS de 1995. Pero el artículo 2.13 de la citada Ley 24/2001 añadió a la LIS de 1995 el artículo 36 ter que incorporaba un beneficio fiscal denominado «Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios»¹⁸.

¹⁶ Cfr. M. PONT MESTRES y J.F. PONT CLEMENTE, *El Impuesto...*, cit., 1996, pág.145.

¹⁷ Por otra parte, se señaló por la doctrina que no había ningún impedimento a que este beneficio fiscal alcanzara al denominado «inmovilizado en curso» (cfr. A. BLESAGUENA; R. BERGUA CANELLES; I. CIUTAT CURA y H. PADROL MUNTÉ, *Todo sobre la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, pág. 89), esto es, al conjunto de inversiones que, por falta de algún requisito, no pueden aún ser incorporadas a la actividad productiva de la empresa. El «inmovilizado en curso» se contraponen al «inmovilizado definitivo» donde se agrupan las inversiones en bienes que están en disposición de entrar en servicio o que ya lo están prestando (cfr. J.A. FERNÁNDEZ e I. NAVARRO, *Cómo interpretar un balance*, Ed. Deusto, Bilbao, 1986, pág. 27).

¹⁸ El redactado del artículo 36 ter de la LIS de 1995, introducido por la Ley 24/2001, era el siguiente:

«1. Deducción de la cuota íntegra.

Se deducirá de la cuota íntegra el 17 por 100 del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales detallados en el apartado siguiente, e integradas en la base imponible sometida al tipo gene-

Este nuevo precepto, el artículo 36 ter de la LIS de 1995, vino a sustituir el método del diferimiento impositivo por una deducción que, desde luego, pretendía potenciar la capitalización de las entidades productivas dado el diseño de la deducción a través de la reinversión en bienes del inmovilizado material e inmaterial o valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100. Pero, además, también pretendía evitar el arbitraje fiscal que derivaba de la tributación de las ganancias patrimoniales de más de un año, pues estaban menos gravadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que en el IS ¹⁹.

La deducción se cuantificaba por la aplicación de un porcentaje (que dependía del tipo de gravamen al que estuviera sometida la entidad) al importe de la renta obtenida en la transmisión onerosa de determinados elementos patrimoniales que, amén de haberse integrado en la base imponible ²⁰, se reinvirtiera en los elementos patrimoniales especificados en la ley ²¹.

Los elementos patrimoniales transmitidos habían de pertenecer a alguna de las categorías de bienes enumerados en el artículo 36 ter.2 de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, entre los

ral de gravamen o a la escala prevista en el artículo 127 bis de esta ley, a condición de reinversión, en los términos y con los requisitos de este artículo.

Esta deducción será del 7 por 100, del 2 por 100 o del 22 por 100 cuando la base imponible tribute a los tipos del 25 por 100, del 20 por 100 o del 40 por 100, respetivamente.

Se entenderá que se cumple la condición de reinversión si el importe obtenido en la transmisión onerosa se reinvierte en los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 3 de este artículo.

No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 37 de esta ley. A efectos de dicho límite no se computará esta deducción.

2. Elementos patrimoniales transmitidos.

Los elementos patrimoniales transmitidos, susceptibles de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en este artículo, son los siguientes:

a) Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial, que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión.

b) Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de las mismas, y que se hubiera poseído, al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión.

No se entenderán comprendidos en la presente letra los valores que no otorguen una participación en el capital social.

A los efectos de calcular el tiempo de posesión, se entenderá que los valores transmitidos han sido los más antiguos. El cómputo de la participación transmitida se referirá al periodo impositivo.

3...».

Este precepto legal se desarrolló reglamentariamente por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo artículo 39 se regulan los planes especiales de reinversión y en el 40 el órgano competente para resolver el expediente. Así, en su disposición derogatoria única.1, se deroga el RIS de 1997.

¹⁹ Cfr. F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2002, pág. 380; M. GUTIÉRREZ LOUSA, en la obra colectiva *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 503.

²⁰ Como explica F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2002, pág. 380, la exigencia de que la renta positiva deba integrarse en la base imponible es obvia, «pues si la renta estuviese exenta (como puede ocurrir en los supuestos de aplicación de los artículos 20 bis y 20 ter), no tendría ningún sentido esta deducción, ya que su finalidad es garantizar una tributación efectiva de las ganancias de capital al 18 por 100 (diferencia entre el tipo general del impuesto y el tipo general de la deducción), con el objeto de equiparar estas rentas con las del IRPF».

²¹ Apuntamos que el artículo 36 ter.8 exige, como requisito formal de esta deducción, que mientras no se cumpla el plazo de mantenimiento de la inversión previsto legalmente, las entidades han de dar cuenta en la memoria del «importe de la renta acogida a la reducción».

que figuraban «Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial, que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión».

Se observa, pues, que dentro del ámbito objetivo de la nueva deducción se continuaron incluyendo los terrenos que hubieran sido adquiridos por la empresa y se hubieran incorporado a su activo, aunque no hubieran sido utilizados efectivamente antes de su transmisión. Por tanto, el beneficio fiscal alcanzaba tanto al activo fijo funcional como al activo fijo extrafuncional.

Ahora bien, mientras que en el antiguo artículo 21 de la LIS de 1995, el requisito temporal de permanencia del activo durante un año de antelación a la fecha de transmisión tan solo se exigía respecto a los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades, con el artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, este requisito se extendió al resto de activos, de tal manera que los elementos del inmovilizado material e inmaterial también habían de haber estado en posesión de la empresa durante un periodo mínimo de un año antes de la transmisión.

2.4. Ley 35/2006 de reforma del TRLIS de 2004: deducción por reinversión

El artículo 36 ter de la LIS de 1995 pasó a ser el artículo 42 del TRLIS de 2004 [RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 11 de marzo)].

Pero, posteriormente, fue modificado por la disposición final 2.^a 22 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 (BOE de 29 de noviembre).

En lo que a nosotros más nos afecta, de este nuevo redactado del artículo 42 del TRLIS de 2004 ²², destaca que se endurecen las exigencias reclamadas a los elementos patrimoniales cuya

²² El redactado dado al artículo 42 del TRLIS de 2004 por la Ley 35/2006 fue el siguiente:

«1. Deducción en la cuota íntegra.

Se deducirá de la cuota íntegra el 12 por 100 del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales establecidos en el apartado siguiente integradas en la base imponible sometida al tipo general de gravamen o a la escala prevista en el artículo 114 de esta ley, a condición de reinversión, en los términos y los requisitos de este artículo.

Esta deducción será del 7 por 100, del 2 por 100 o del 17 por 100 cuando la base imponible tribute a los tipos del 25 por 100, del 20 por 100 o del 35 por 100, respectivamente.

Se entenderá que se cumple la condición de reinversión si el importe obtenido en la transmisión onerosa se reinvierte en los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 3 de este artículo y la renta procede de los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 2 de este artículo.

No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 44 de esta ley. A efectos de dicho límite no se computará esta deducción.

2. Elementos patrimoniales transmitidos.

Los elementos patrimoniales transmitidos, susceptibles de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en este artículo, son los siguientes:

transmisión da derecho a la deducción y así: (i) Para los valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, amén de continuar reclamándose que se hubiesen poseído al menos durante un año de antelación a la fecha de la transmisión, se exige ahora que no se tratara de operaciones de disolución o fusión de esas entidades. (ii) Para los elementos del inmovilizado material o inmaterial, se sustituyó el requisito de la posesión durante un año por el de la afectación y del funcionamiento durante un año, pues a la hora de regular los requisitos para tener derecho a la deducción se aludía a los mismos en estos términos: «Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión».

Se observa que se introdujo como principal modificación la necesidad de que los elementos del inmovilizado transmitidos estuviesen afectos a actividades económicas y, además, que hubieran estado en funcionamiento al menos un año antes de su transmisión, cuando en la redacción anterior, dada por la Ley 24/2001, solo se exigía que se hubiesen poseído al menos un año antes de la transmisión, por lo que la deducción era aplicable incluso en el caso de transmisión de elementos patrimoniales no afectos a una explotación económica ²³.

Es decir, con la reforma operada por la Ley 35/2006 se sustituye el requisito temporal de la «posesión mínima» del bien durante un año antes de su transmisión, por el requisito funcional de la «afectación» del bien y de su «funcionamiento mínimo» durante un año antes de su transmisión. El requisito temporal, pues, continuaba siendo el mismo (un año), pero ahora se requería una «posesión reforzada» por la afectación y el funcionamiento del bien durante un año. Sin embargo, surgía la duda de si este año de funcionamiento había de ser el inmediatamente anterior al de su transmisión (v. gr.: que si un bien se transmitía el 15 de junio de 2007, hubiera cuanto menos estado en funcionamiento desde el 14 de junio de 2006 al 14 de junio de 2007), o podía ser otro anterior (v. gr.: que el citado bien, pese a no haber estado en funcionamiento desde el 14 de junio de 2006 al 14 de junio de 2007, hubiera estado en funcionamiento en fechas anteriores, como, sería el caso que hubiera estado en funcionamiento desde el 13 junio de 2005 al 13 de junio de 2006). Dado que la norma no lo especificaba, entendemos que el año de funcionamiento podía ser otro anterior al de la transmisión. De aceptarse este criterio, deberíamos convenir en que el requisito se reducía a que había de tratarse de elementos que formasen parte del activo fijo funcional por estar afectos a la explotación económica a la fecha de la transmisión, pero que en esta fecha podían no estar en funcionamiento, bastando con que lo hubieran estado en un año precedente.

a) Los pertenecientes al inmovilizado material e inmaterial afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión.

b) Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre su capital y que se hubieran poseído, al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión, siempre que no se trate de operaciones de disolución o liquidación de esas entidades. El cómputo de la participación transmitida se referirá al periodo impositivo.

A los efectos de calcular el tiempo de posesión, se entenderá que los valores transmitidos han sido los más antiguos. 3...».

Según se ha dicho en nota 18, este precepto legal ha sido desarrollado reglamentariamente por los artículos 39 (planes especiales de reinversión) y 40 (órgano competente para desarrollar el expediente) del RIS de 2004.

²³ Cfr. J.M. DÍAZ-ARIAS, *Ley comentada del Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Deusto, 2007, pág. 341.

3. LEY 16/2007 DE REFORMA DEL TRLIS DE 2004: ASPECTOS DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA VIGENTE DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN

Finalmente, el artículo 42 del TRLIS de 2004 ha sido modificado por la disposición adicional 8.^a 2 de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (BOE de 5 de julio).

El vigente artículo 42 del TRLIS de 2004 parte del mismo esquema que el artículo 36 ter de la LIS de 1995²⁴ y, por ende, también pretende, por un lado, incentivar la inversión empresarial y,

²⁴ El vigente redactado del artículo 42 del TRLIS de 2004, debido a la reforma introducida por la Ley 16/2007, es el siguiente:

«1. Deducción de la cuota íntegra.

Se deducirá de la cuota íntegra el 12 por 100 del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales establecidos en el apartado siguiente integradas en la base imponible sometida al tipo general de gravamen o a la escala prevista en el artículo 114 de esta ley, a condición de reinversión, en los términos y los requisitos de este artículo.

Esta deducción será del 7 por 100, del 2 por 100 o del 17 por 100 cuando la base imponible tribute a los tipos del 25 por 100, del 20 por 100 o del 35 por 100, respectivamente.

Se entenderá que se cumple la condición de reinversión si el importe obtenido en la transmisión onerosa se reinvierte en los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 3 de este artículo y la renta procede de los elementos patrimoniales enumerados en el apartado 2 de este artículo.

No se aplicará a esta deducción el límite a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 44 de esta ley. A efectos de dicho límite no se computará esta deducción.

2. Elementos patrimoniales transmitidos.

Los elementos patrimoniales transmitidos, susceptibles de generar rentas que constituyan la base de la deducción prevista en este artículo, son los siguientes:

a) Los que hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.

b) Valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre su capital y que se hubieran poseído, al menos, con un año de antelación a la fecha de transmisión, siempre que no se trate de operaciones de disolución o liquidación de esas entidades. El cómputo de la participación transmitida se referirá al periodo impositivo.

A los efectos de calcular el tiempo de posesión, se entenderá que los valores transmitidos han sido los más antiguos.

Cuando los valores transmitidos correspondan a entidades que tengan elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas, según balance del último ejercicio cerrado, en un porcentaje superior al 15 por 100 del activo, no se aplicará la deducción sobre la parte de renta obtenida en la transmisión que corresponda en proporción al porcentaje que se haya obtenido. Este porcentaje se calculará sobre el balance consolidado si los valores transmitidos representan una participación en el capital de una entidad dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, en el que se incluirán las entidades multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil. No obstante, el sujeto pasivo podrá determinar dicho porcentaje según los valores de mercado de los elementos que integran el balance.

Se considerarán elementos no afectos las participaciones, directas o indirectas, en las entidades a que se refiere el apartado 4 de este artículo y los elementos patrimoniales que constituyen el activo de las mismas, caso de que formen parte del grupo a que se refiere el párrafo anterior. Se computarán como elementos afectos aquellos que cumplan las condiciones establecidas en los números 1.º y 2.º del párrafo a) del artículo 4.Ocho.Dos de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

3...».

Según se ha dicho en nota 18, este precepto legal ha sido desarrollado reglamentariamente por los artículos 39 (planes especiales de reinversión) y 40 (órgano competente para desarrollar el expediente) del RIS de 2004, cabiendo apuntar que el citado artículo 39 ha sido modificado por el artículo único.doces del Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre.

por otro, paliar la mayor tributación que experimentan las ganancias patrimoniales en el IS en comparación con las del IRPF ²⁵.

La deducción continúa cuantificándose por la aplicación de un porcentaje (que depende del tipo de gravamen al que está sometida la entidad) al importe de la renta obtenida en la transmisión onerosa de determinados elementos patrimoniales que, amén de haberse integrado en la base imponible, se reinviertan en los elementos patrimoniales especificados en la ley ²⁶.

En lo que a nosotros más nos afecta, de este nuevo redactado del artículo 42 del TRLIS de 2004 que deriva de la Ley 16/2007, destaca que se completa la regulación de las exigencias reclamadas a los elementos patrimoniales cuya transmisión da derecho a la deducción: (i) Para los valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, amén de continuar reclamándose que se hubiesen poseído al menos durante un año de antelación a la fecha de la transmisión, se continúa exigiendo que no se trate de operaciones de disolución o fusión de esas entidades, añadiéndose ciertas reglas sobre su afectación. (ii) Para los elementos del inmovilizado material o inmaterial, se mantiene el requisito de la afectación anual, pero se clarifica el cómputo del periodo de afectación y, además, se cita de forma explícita a las inversiones inmobiliarias. Concretamente, a la hora de regular los requisitos para tener derecho a la deducción, se alude a los citados elementos en estos términos: «Los que hayan pertenecido al inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas que hubiesen estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión».

Esquemáticamente, los aspectos de signo objetivo que presenta este precepto son:

- a) Aspecto material: concepto de inmovilizado e inversiones inmobiliarias.
- b) Aspecto funcional: concepto de afectación-funcionamiento.
- c) Aspecto temporal: plazo de afectación-funcionamiento.

4. ASPECTO MATERIAL

4.1. Normativa

a) Normativa reguladora del IS

De los antecedentes históricos analizados, resulta que el aspecto material del beneficio fiscal relacionado con la reinversión siempre ha estado conectado fundamentalmente con el inmovilizado material. Y así:

²⁵ Cfr. J.J. FERREIRO LAPATZA; J. MARTÍN FERNÁNDEZ; J. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ y J.M. TOVILLAS MORÁN, *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 2008, pág. 204.

²⁶ Apuntamos que el artículo 42.10 del TRLIS de 2004 exige, como requisito formal de esta deducción, que mientras no se cumpla el plazo de mantenimiento de la inversión previsto legalmente, las entidades han de dar cuenta en la memoria de las cuentas anuales el «importe de la renta acogida a la reducción».

- (i) Del artículo 15.8 de la LIS de 1978 y del artículo 147 del RIS de 1982, se deducía que la exención por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales que estuvieran incluidos en la lista de elementos materiales que la propia norma consideraba susceptibles de incluirse dentro del activo fijo, entre los cuales figuraban los terrenos.
- (ii) Del artículo 21 de la LIS de 1995 se deducía que el diferimiento impositivo por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales del inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, siendo pacífico que, dentro del inmovilizado material, eran susceptibles de incluirse los terrenos.
- (iii) Del artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, se desprendía que la deducción por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales del inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, siendo igualmente indiscutible que, dentro del inmovilizado material, eran susceptibles de incluirse los terrenos.
- (iv) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, se infería que la deducción por reinversión requería que se tratase de elementos patrimoniales del inmovilizado, material e inmaterial, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, con exclusión de las operaciones de disolución o liquidación de esas entidades, sucediendo que, como en los casos precedentes, dentro del inmovilizado material eran susceptibles de incluirse los terrenos.
- (v) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la vigente redacción que le ha dado la Ley 16/2007, se desprende que la deducción por reinversión requiere que se trate de elementos patrimoniales del inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, con exclusión de las operaciones de disolución o liquidación de esas entidades, ocurriendo que, sin duda, los terrenos son susceptibles de incluirse tanto dentro del inmovilizado material como de las inversiones inmobiliarias.

De todo lo anterior se puede concluir que, aun cuando el núcleo central del beneficio fiscal que nos ocupa se ha centrado siempre en el activo fijo o inmovilizado, no se ha definido nunca por su normativa reguladora, lo cual comporta que debamos de estar a la normativa supletoria que, en nuestro caso, no es otra que la mercantil y contable ²⁷.

b) Normativa mercantil

El artículo 184 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) (BOE de 27 de diciembre) ²⁸, derogado por el artículo 2.9 de la Ley 16/2007, establecía que:

²⁷ Partiendo del artículo 9.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre), el artículo 7.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), establece que «Tendrán carácter supletorio las disposiciones generales de derecho administrativo y los preceptos de derecho común».

²⁸ Al cual se remite el artículo 84 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 24 de marzo).

«1. La adscripción de los elementos del patrimonio al activo inmovilizado o al circulante se determinará en función de la afectación de dichos elementos.

2. El activo inmovilizado comprenderá los elementos destinados a servir de forma duradera en la actividad de la sociedad.

3. En la partida "Terrenos y construcciones" ²⁹ deberán figurar todos los bienes que el Código Civil considera como inmuebles, salvo que tengan partida específica en el esquema del balance».

Este precepto contemplaba un elemento definidor del activo inmovilizado frente al activo circulante: sea cual sea la naturaleza del bien (y, por ende, sea inmueble o no), lo relevante para ser calificado de inmovilizado es su afectación a la actividad de la empresa de forma duradera ³⁰.

Es decir, lo relevante para calificar un bien como de inmovilizado es que para la empresa su utilidad no sea efímera, sino permanente. Ahora bien, la norma no establecía plazo alguno para delimitar lo que es efímero de lo permanente o duradero. De tal manera que el criterio discriminador radicaba en la previsión temporal de la utilidad:

- (i) Será inmovilizado cuando, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, sea lógico pensar que la utilidad del bien respecto a la actividad de la empresa es por un plazo cuya prolongación en el tiempo tienda a lo indefinido.
- (ii) Mientras que será circulante cuando, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, sea lógico pensar que la utilidad del bien respecto a la actividad de la empresa es por un plazo cuya extensión en el tiempo tienda a lo inmediato.

c) Normativa contable: Plan General de Contabilidad de 1990

Lógicamente, la clasificación de los activos en inmovilizado o en circulante siempre se ha reflejado en la normativa contable.

Así, partiendo de lo que ya contemplaba la normativa precedente ³¹, en la parte tercera titulada «Definiciones y relaciones contables», del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprobó el anterior Plan General de Contabilidad (BOE de 14 de marzo):

²⁹ Los entrecomillados son nuestros.

³⁰ Como explica, A. MARINA GARCÍA-TRUÑÓN, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1.827 y 1.828, en comentario al artículo 185 del TRLSA, «tal adscripción parte del principio general de la afectación, a tenor del cual no será factor determinante la naturaleza o el objeto de que se trate, sino, antes bien, la integración del mismo en la actividad social que configura la sociedad. Cuanto más permanente o duradera sea aquella, cabrá concluir que estaremos en presencia de un elemento de activo inmovilizado, y de suceder en contrario, la referencia la estaremos realizando a un elemento de activo circulante».

³¹ Como es el caso del Plan General de Contabilidad aprobado por Decreto 530/1973, de 22 de febrero.

1. Se definió el grupo 2, titulado «inmovilizado», diciendo que «Comprende los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la empresa...».
2. En lo que respecta al «circulante», definido negativamente como el activo que no cumple las condiciones para ser inmovilizado, su partida más característica era, como es natural, la de «existencias», la cual formaba el grupo 3, respecto al cual, si bien solamente se dispuso una enumeración del conjunto de las cuentas que en él se integraban, de las distintas definiciones de estas últimas se desprendía que las existencias eran aquellos elementos del activo destinados a la venta, con o sin transformación.

d) Normativa contable: Plan General de Contabilidad de 2007

El vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (BOE de 20 de noviembre), presenta como novedad que los activos se clasifican en no corrientes y corrientes, aunque, según se explica en el párrafo 7 del apartado 13 de la Introducción, esta ordenación es «similar a la distinción establecida en el Plan de 1990 entre Inmovilizado y Circulante».

Conviene destacar que, en su parte quinta, titulada «Definiciones y relaciones contables»:

1. Tras definir el grupo 2, titulado «activo no corriente», diciendo que «Comprende los activos destinados a servir de forma duradera en las actividades de las empresas, incluidas las inversiones financieras cuyo vencimiento, enajenación o realización se espera habrá de producirse en un plazo superior al año», se establece que forma parte del mismo el inmovilizado («inmovilizaciones»), ya intangible, ya material. El caso es que también incluye, de forma separada, las inversiones inmobiliarias:
 - (i) Centrándonos en las «inmovilizaciones materiales» (subgrupo 21), nos las define como los «Elementos del activo tangible representados por bienes, muebles o inmuebles, excepto los que deben ser clasificados en otros subgrupos, en particular en el subgrupo 22».
 - (ii) Pues bien, este subgrupo 22 se refiere a las «inversiones inmobiliarias», definidas como:

«Activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para:

 - Su uso en la producción o suministro de bienes o servicios, o bien para fines administrativos; o
 - Su venta en el curso ordinario de las operaciones».
2. En lo que respecta al «activo corriente», su definición es negativa, de tal manera que serán activos no corrientes aquellos que no cumplieren las condiciones para ser activos corrientes. Su partida más significativa es la de «existencias», clasificada en el grupo 3, y definida

de esta forma: «Son activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación, en proceso de producción o en forma de materiales o suministros para ser consumidos en el proceso de producción o en la prestación de servicios».

A nuestro modo de ver, desde un punto de vista material, no ha mediado ninguna novedad.

Las existencias continúan formando parte del activo circulante, ahora denominado activo corriente, el cual comprende los activos destinados a servir de forma no duradera en las actividades de las empresas, incluidas las inversiones financieras cuyo vencimiento, enajenación o realización se espera habrá de producirse en un plazo no superior al año.

Mientras el inmovilizado continúa siendo el activo destinado a servir de forma duradera en las actividades de las empresas, el nuevo Plan General Contable lo engloba dentro de una categoría superior denominada activo no corriente, desgajando del concepto de inmovilizado material las inversiones inmobiliarias. Pero, técnicamente, las inversiones inmobiliarias no dejan de ser una especie del género representado por el inmovilizado material ³².

e) Normativa contable: empresas inmobiliarias

La Orden de 28 de diciembre de 1994, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias (BOE de 4 de enero de 1995), se ocupa específicamente de las empresas del sector inmobiliario, distinguiendo entre empresas constructoras e inmobiliarias.

Partiendo de la «Introducción» de esta orden, se han dado las siguientes definiciones ³³:

Por empresas constructoras se entiende las que llevan a cabo una actividad encaminada a la realización de obras que han de dar como fruto estructuras nuevas ³⁴, mientras que por empresas inmobiliarias se entiende las que actúan sobre bienes inmuebles, transformándolos para mejorar sus

³² Tanto es así que según la norma de valoración 4.ª de la Parte segunda del Plan General de Contabilidad, «Los criterios contenidos en las normas anteriores, relativas al inmovilizado material, se aplicarán a las inversiones inmobiliarias».

³³ *Vid. Memento práctico Francis Lefebvre. Inmobiliario 2000-2001*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 1999, págs. 731 y 747.

³⁴ Como se explica en el *Memento...*, págs. 731 y 732, este proceso de creación puede dar lugar a diversas actividades complementarias o relacionadas con la actividad principal, desarrolladas por empresas distintas a la propia constructora, pero también sujetas a la misma normativa contable.

Las actividades desarrolladas por las empresas constructoras son:

1. Preparación de obras. Demolición y movimientos de tierras, perforaciones y sondeos.
2. Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil. Construcción de edificios, puentes, túneles, autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas, centros deportivos y otras construcciones especializadas.
3. Instalaciones de edificios y obras. Instalaciones eléctricas, aislamiento térmico, acústico y antivibratorio, fontanería e instalación de climatización y otras instalaciones de edificios y obras.
4. Acabado de edificios y obras. Revocamientos, instalaciones de carpintería, revestimientos de suelos y paredes, acristalamiento y pintura y otros trabajos de acabados de edificios y obras.
5. Alquiler de equipos de construcción o demolición dotados de operarios.

características y capacidades físicas y ofrecerlos en el mercado para la satisfacción de las necesidades de alojamiento y sustentación de las distintas actividades de la sociedad ³⁵.

Entre las peculiaridades de las empresas inmobiliarias que han motivado la edición de una normativa contable de adaptación, destaca la circunstancia consistente en que las empresas inmobiliarias suelen tener terrenos tanto en existencias como en inmovilizado.

El dato de la permanencia sigue siendo útil, pero, desde luego se difumina cuando se trata de empresas inmobiliarias, pues del mismo modo que podemos encontrar terrenos que, a pesar de ser adquiridos como existencias, tienen una larga permanencia en la empresa (v.gr.: se adquiere un terreno para venderlo, pero no surge ningún comprador), también encontramos terrenos que, a pesar de ser adquiridos como inmovilizado, tienen una corta permanencia en la compañía, (v.gr.: se adquiere un terreno para alquilarlo pero se vende de inmediato al surgir la oportunidad de obtener con su transmisión una considerable plusvalía).

Ello comporta que se den unas singulares normas de contabilización tanto de las existencias como del inmovilizado, destacándose las referentes al traslado de elementos entre ambos grupos de activos:

- a) Traslado de elementos de inmovilizado material a existencias. Según la norma de valoración 3.^a a) de la orden que nos ocupa: «Los terrenos, solares y edificaciones, contabilizados en el inmovilizado, siempre que no hayan sido objeto de explotación, que la empresa decida destinar a la venta, se incorporarán a existencias a través de la cuenta 609...».
- b) Traslado de elementos de existencias a inmovilizado material. Según la norma de valoración 13.^a 5 c) de la misma orden: «Los terrenos, solares y edificaciones, en general, que la empresa decida destinar al arrendamiento o al uso propio, se incorporarán al inmovilizado a través del subgrupo 73...».

³⁵ Por contra, siguiendo nuevamente al *Memento...*, págs. 747 y 748, cabe advertir que no reciben la consideración de empresas inmobiliarias, aunque también actúen en este mercado, las siguientes: (i) Empresas de agencia o mediación inmobiliaria, que actúan de simples intermediarios en la compraventa o alquiler de inmuebles. (ii) Cooperativas sociales de viviendas, ya que las viviendas construidas se destinan a sus socios y no al mercado. (iii) Empresas constructoras, que realizan exclusivamente la construcción de los inmuebles.

A destacar que en este sector es frecuente la agrupación de medios financieros, técnicos y físicos para la realización de proyectos inmobiliarios (inmuebles residenciales o no residenciales) destinados a la venta, alquiler u otras forma de promoción por cuenta propia.

Las actividades desarrolladas por las empresas inmobiliarias son:

1. Actividades inmobiliarias por cuenta propia. Son las realizadas por las empresas cuya actividad exclusiva o principal consiste en la compra por cuenta propia de terrenos, inmuebles y partes de inmuebles, así como las realizadas por las empresas que ordenan la construcción, parcelación, urbanización, etc., de alojamientos con el fin de venderlos.

2. Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia. Comprende las empresas cuya actividad exclusiva o principal consiste en el arrendamiento de viviendas y apartamentos, terrenos, inmuebles, locales industriales, de negocios, etc., propios.

Más concretamente, las actividades desarrolladas por las empresas inmobiliarias, se pueden clasificar de la siguiente forma:

1. Urbanización y parcelación de terrenos y solares y construcción de edificios e instalaciones de todo tipo, para uso residencial y no residencial tanto para su venta como para su alquiler.

2. Rehabilitación de edificios ya construidos y transformación en su caso del destino de los mismos.

3. Construcción y explotación de instalaciones inmobiliarias complejas (conjuntos turísticos, comerciales, recreativos, etc.).

4.2. Concepto de inmovilizado

En este punto resulta sumamente esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005 (NFJ020948), de la cual se desprende lo siguiente:

- a) En el caso de las empresas inmobiliarias, la calificación de un inmueble como inmovilizado material o existencias exige analizar su «objeto social», de tal manera que si el objeto social de la empresa es la venta de terrenos, cabe entender que son existencias, mientras que si su objeto social es el arrendamiento, cabe entender que son inmovilizado material.
- b) Si este criterio no es determinante, cual ocurre cuando el objeto social de la empresa es tanto la venta como el arrendamiento de terrenos, es necesario atender a la realidad concreta y específica de los terrenos en el marco de la empresa de que se trate, siendo para ello relevante: (i) Su «contabilización» por la empresa y (ii) el «periodo de permanencia» de los bienes en el patrimonio social. Y así, sostiene que «No parece razonable que un bien que ha formado parte del patrimonio de la empresa durante casi 20 años pueda ser considerado como "existencias", cuando este tipo de elementos patrimoniales se anudan a la empresa en contemplación a cada ejercicio económico. La permanencia en el patrimonio empresarial por ese tiempo excluye la volatilidad de las "existencias" que se circunscribe al "ciclo empresarial" (normalmente coincidente con el económico)»³⁶.

A nuestro modo de ver, esta doctrina resulta plenamente aplicable a la vigente deducción, si bien cabe tener en cuenta que si un terreno no es objeto de uso ni de venta en el curso ordinario de las operaciones, tendría la calificación de «inversión inmobiliaria» en el nuevo Plan General Contable.

De lo anterior se desprende que dentro del inmovilizado material figuran los terrenos en los términos que siguen:

- a) Tratándose de empresas no inmobiliarias:
 - (i) En la medida en que no se dedican empresarialmente a la venta de inmuebles, lo normal será que los terrenos que adquieran no tengan la consideración de existencias. De ahí que, a nuestro modo de ver, concurre la presunción *hominis* de que son inmovilizado.
 - (ii) Lo más habitual será que los terrenos adquiridos sean para uso propio (activo funcional), en cuyo caso se deberán contabilizar sin lugar a dudas en el inmovilizado.
 - (iii) Si se adquieren como mera inversión, ya para arrendarlos o ya para su venta a largo plazo (fuera del curso ordinario de las operaciones), técnicamente son un activo fijo extrafuncional que en el nuevo Plan General Contable se contabilizan como inversiones inmobiliarias. En todo caso, es evidente que no serán existencias.

³⁶ En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2008 (NFJ044262) sostiene que «La contabilización del bien como inmovilizado podrá resultar suficiente cuando la misma se mantiene durante un largo periodo de tiempo, cual ocurrió en el caso enjuiciado por la citada STS de 8 de febrero de 2005».

- (iv) Ahora bien, si se adquieren para destinarlos a la venta a corto plazo, se deberán contabilizar como existencias.
 - (v) El problema surge cuando un inmueble, pese a ser contabilizado inicialmente como inmovilizado (por pretender destinarlo a uso propio) o como inversión inmobiliaria (por pretender destinarlo ya al arrendamiento, ya a la venta a largo plazo), resulta que se vende a corto plazo. A nuestro modo de ver, aquí es donde más papel tiene la presunción *hominis* a favor del inmovilizado, de tal manera que, a no ser que se demuestre que la intención real era la adquisición del inmueble para su venta en el curso ordinario de las operaciones, se deberá considerar que el inmueble era un inmovilizado.
- b) Tratándose de empresas inmobiliarias:
- (i) En la medida en que se dediquen ordinariamente a la venta y al alquiler de inmuebles, tan normal será que los terrenos adquiridos se destinen a la venta o al arrendamiento dentro del curso ordinario de las operaciones, como que se destinen a usos propios e, incluso, a meras inversiones para su venta fuera del curso ordinario de las operaciones. De ahí que, a nuestro modo de ver, ni puede concurrir la presunción de que son inmovilizados, ni la presunción de que son existencias.
 - (ii) Por tanto, deberemos de estar a cada caso en concreto partiendo de los criterios que se deducen de las normas de adaptación de las empresas inmobiliarias al Plan General Contable que, a nuestro juicio, pueden esquematizarse como sigue.
 - (iii) Lo relevante para la adscripción de un terreno a existencias o a inmovilizado es el destino y uso que se le dé, apareciendo aquí la importancia presuntiva que tiene la voluntad del empresario ratificada por la adscripción contable del bien.
 - (iv) El destino viene determinado por la voluntad del empresario, de tal manera que, «en principio», el terreno se inscribirá como existencias si se adquiere (contabilizándose así) para su venta en el curso ordinario de la explotación (lo cual, no lo olvidemos, forma parte de la actividad ordinaria de la empresa), mientras que se inscribirá como inmovilizado si se adquiere (contabilizándose así) como mera inversión o para su explotación, ya como uso propio, ya para arrendarlo (lo cual enlaza con la vinculación de estos elementos a la empresa de una manera permanente).
 - (v) Decimos «en principio», porque una vez adquirido el terreno puede haber un cambio en el destino inicial.
 - (vi) Y así, es posible que un terreno adquirido para su venta a corto plazo (contabilizándolo, por ende, como existencias) acabe explotándose, destinándolo al arrendamiento o al uso propio, en cuyo caso el terreno pasará de ser existencias a ser inmovilizado material. En cambio si se decide no vender el terreno para mantenerlo como una mera inversión, no se podrá pasar a inmovilizado, sino que deberá continuar como existencias. De tal manera que, respecto a los inmuebles contabilizados como existencias, se da una presunción *legis* a favor de su consideración como existencias que únicamente se destruye si se acredita que se han destinado al arrendamiento o al uso propio.

- (vii) Paralelamente, es posible que un terreno adquirido como inversión inmobiliaria, esto es, que no fue inicialmente destinado a la venta a corto plazo, ni al uso propio ni al arrendamiento (contabilizándose, por ende, como inmovilizado) acabe por destinarse a la venta, en cuyo caso el terreno pasará de inmovilizado a existencias. En cambio, si el terreno fue adquirido para su explotación, destinándose para uso propio o siendo objeto de arrendamiento (contabilizándolo, por ende, como inmovilizado), por más que acabe por destinarse a la venta, no se podrá pasar a existencias, sino que deberá continuar como inmovilizado. De tal manera que, respecto a los inmuebles contabilizados como inmovilizados, se da una presunción *legis* a favor de su consideración como inmovilizado que únicamente se destruye si se acredita que se han enajenado sin haberse destinado previamente al uso propio o al arrendamiento.

4.3. Concepto de inversiones inmobiliarias

Tal y como hemos explicado, las inversiones inmobiliarias participan del concepto teórico de inmovilizado, pero, de acuerdo con el nuevo Plan General Contable, se singularizan, pudiéndose definir como los terrenos y construcciones adquiridos por las empresas no inmobiliarias para obtener fundamentalmente una rentabilidad o plusvalía más allá del ciclo normal de explotación, esto es, para obtener una renta derivada de su arrendamiento o una plusvalía con su venta a largo plazo.

Precisando más esta definición, creemos puede confeccionarse el siguiente esquema:

- (i) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo al arrendamiento por una empresa inmobiliaria cuyo objeto social es, precisamente, el arrendamiento inmobiliario, tendremos que el inmueble formará parte de su activo inmovilizado material, según es definido en el vigente Plan General Contable.
- (ii) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo al arrendamiento por una empresa (inmobiliaria o no) cuyo objeto social no es el arrendamiento inmobiliario ³⁷, tendremos que el inmueble, a pesar de ser técnicamente un inmovilizado material, se deberá clasificar según el nuevo Plan General Contable como inversión inmobiliaria.
- (iii) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo a la venta por una empresa inmobiliaria cuyo objeto social es, precisamente, la venta de inmuebles, tendremos que el inmueble formará parte de su activo circulante como existencias, según es definido por el vigente Plan General Contable.
- (iv) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo a la venta por una empresa (inmobiliaria o no) cuyo objeto social no es la venta de inmuebles ³⁸, tendremos que el inmueble

³⁷ Las empresas inmobiliarias pueden dedicarse empresarialmente tanto a la venta como al alquiler de inmuebles, pero ello no impide que se dediquen únicamente a la venta de inmuebles, sin tener como objeto empresarial su arrendamiento.

³⁸ Sabemos que las empresas inmobiliarias pueden dedicarse empresarialmente tanto a la venta como al alquiler de inmuebles, pero ello no impide que se dediquen únicamente al arrendamiento de inmuebles, sin tener como objeto empresarial su venta.

formará parte de su activo circulante como existencias si se pretende que la venta sea a corto plazo, mientras que si se persigue que la venta sea a largo plazo, a pesar de ser técnicamente un inmovilizado material, se deberá clasificar según el nuevo Plan General Contable como inversión inmobiliaria.

- (v) Si se trata de un inmueble adquirido para destinarlo a usos propios, tendremos que el inmueble siempre deberá calificarse como inmovilizado material, según es definido en el vigente Plan General Contable, sea cual sea el objeto de la explotación económica de la empresa.

5. ASPECTO FUNCIONAL

5.1. Normativa

a) Normativa reguladora del IS

De los antecedentes históricos analizados, resulta que el aspecto funcional del beneficio fiscal relacionado con la reinversión no siempre ha requerido que se tratara de activos afectos a la explotación y que hubieran estado en funcionamiento. Y así:

- (i) Del artículo 15.8 de la LIS de 1978 y del artículo 147 del RIS de 1982, se deducía que la exención por reinversión requería en general que los elementos materiales del activo fijo, incluidos los terrenos, habían de formar parte del activo fijo funcional (esto es, bienes que sirven al objeto de la explotación económica), pues se requería que sobre ellos se desarrollara total o parcialmente la actividad de la empresa, que estuvieran afectos y fueran necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad y, además, que no se hallaran cedidos a terceros para su uso. Lógicamente, el requisito de la no cesión de los terrenos para uso de terceros no se exigía cuando se trataba de empresas exclusiva o fundamentalmente dedicadas al arrendamiento de fincas urbanas, pues para ellas estos terrenos arrendados estaban afectados a su actividad y eran necesarios para el ejercicio de la misma, razón por la que también formaban parte de su activo fijo funcional. Como excepción encontramos un caso en que el beneficio fiscal era susceptible de aplicarse a terrenos integrantes del activo fijo extrafuncional (esto es, que no sirven al objeto de la explotación económica); concretamente, nos referimos a los terrenos con construcciones urbanas que hubieran estado arrendados durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta.
- (ii) Del artículo 21 de la LIS de 1995 se deducía que el diferimiento impositivo por reinversión no requería para ninguna actividad que se tratase de elementos patrimoniales sobre los que se desarrollara total o parcialmente la actividad o que estuvieran afectos y fueran necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, como tampoco se exigía que no se hallaran cedidos a terceros para su uso. Bastaba su titularidad. Ello propició que no se estableciera ninguna regla especial para los terrenos arrendados. De ahí que el beneficio fiscal alcanzara tanto al activo fijo funcional como al activo fijo extrafuncional.

- (iii) Del artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, se desprendía que la deducción por reinversión no requería para ninguna actividad que se tratase de elementos patrimoniales sobre los que se desarrollara total o parcialmente la actividad o que estuvieran afectos y fueran necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial desarrollada por la sociedad, como tampoco se exigía que no se hallaran cedidos a terceros para su uso. Bastaba su titularidad. Ello propició que no se estableciera ninguna regla especial para los terrenos arrendados. De ahí que el beneficio fiscal alcanzara tanto al activo fijo funcional como al activo fijo extrafuncional.
- (iv) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, se infería que la deducción por reinversión requería que los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial estuviesen afectos a actividades económicas, esto es, que se tratara del activo fijo funcional.
- (v) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la vigente redacción que le ha dado la Ley 16/2007, se desprende que la deducción por reinversión requiere que los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial y las inversiones inmobiliarias estén afectos a actividades económicas y que hayan estado en funcionamiento.

De este modo, la vigente normativa nos plantea la necesidad de concretar los conceptos de afectación y de funcionamiento.

5.2. Conceptos de afectación y de funcionamiento

Partiendo del artículo 29.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 29 de noviembre), cabe deducir que el aspecto esencial de la afectación radica en la necesidad del elemento patrimonial para la obtención de rendimientos, considerándose en todo caso afectos los inmuebles donde se desarrolla la actividad del contribuyente así como los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad³⁹.

Como explica MENÉNDEZ GARCÍA⁴⁰, «La mejor doctrina entiende que no cabe equiparar aquí el carácter "necesario" de estos bienes con su carácter "imprescindible" o "inevitable"»⁴¹, de tal

³⁹ El citado artículo 29 de la Ley del IRPF de 2006 establece:

«1. Se considerarán elementos patrimoniales afectos a una actividad económica:

a) Los bienes inmuebles en los que se desarrolla la actividad del contribuyente.

b) Los bienes destinados a los servicios económicos y socioculturales del personal al servicio de la actividad. No se considerarán afectos los bienes de esparcimiento y recreo o, en general, de uso particular del titular de la actividad.

c) Cualesquiera otros elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de los respectivos rendimientos. En ningún caso tendrán esta consideración los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y de la cesión de capitales a terceros.

2. ...».

⁴⁰ G. MENÉNDEZ GARCÍA, en la obra colectiva *Los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre la Renta de los No Residentes*, Ed. Lex Nova-PricewaterhouseCoopers, Valladolid, 2008, pág. 263.

⁴¹ Pues, de acuerdo con E. CENCERRADO MILLÁN, *La tributación del patrimonio empresarial y profesional de las personas físicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 33 y 34, equiparar bien necesario con bien imprescindible o inevitable

manera que, según MARTÍN QUERALT ⁴², para considerar afecto un elemento patrimonial resultará suficiente que reúna las dos condiciones siguientes: que sea idóneo para obtener los rendimientos de la actividad económica y que se destine a esta actividad.

Por este motivo, el primer autor citado sostiene que «con carácter general no se considerarán afectos, entre otros, los elementos que el nuevo Plan General Contable identifica como "inversiones inmobiliarias" (subgrupo 22), definidos en la quinta parte del Plan como "Activos no corrientes que sean inmuebles y que se posean para obtener rentas, plusvalías o ambas, en lugar de para: /– Su uso en la producción o suministro de bienes o servicio, o bien para fines administrativos; o/– Su venta en el curso ordinario de las operaciones", salvo que se trate de bienes alquilados en los términos previstos por el artículo 27.2 de la LIRPF», precepto este que indica las circunstancias necesarias para que el alquiler de inmuebles se entienda realizado en el ejercicio de una actividad empresarial con relación al IRPF.

Y es que en este punto resulta de extrema trascendencia un dato que, por su obviedad, no podemos desconocer: un bien tan solo podrá estar afecto a una actividad económica si sirve, precisamente, a la actividad económica, de donde se advierte que el concepto de actividad económica es el eje sobre el que pivota la afectación de bienes.

Centrándonos en la regulación del IS, advertimos que tradicionalmente se ha contemplado un régimen especial para entidades parcialmente exentas, en el sentido de que la exención tan solo alcanza a los rendimientos que pudieran obtenerse fuera del ejercicio de actividades económicas, y, para ello, la ley ha plasmado el concepto de rendimiento de una explotación económica. Así lo hicieron el artículo 5.2 f) de la LIS de 1978 y el artículo 134.2 de la LIS de 1995, y así lo continúa haciendo el artículo 121.3 del vigente TRLIS de 2004, cuyo redactado es el siguiente: «Se considerarán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

De acuerdo con Maria Teresa Diví ⁴³, «Esta definición de actividad económica establecida en la regulación del régimen de las entidades parcialmente exentas del IS, aun cuando en el resto de la normativa actual del impuesto no contemple semejante concepto, lo cierto es que no encontramos argumento alguno para interpretar que no se sobreentiende implícitamente recogido tal y como se deduce de la regulación que verifica la LIS en el supuesto de dichas entidades parcialmen-

supondrá una limitación de las posibilidades de afectación de bienes «incompatible con la debida libertad que debe gozar el empresario o profesional para ordenar los medios de producción». En parejo sentido, *vid.* R.M. GALAPERO FLORES, *IRPF: tributación de los bienes afectos*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, pág. 65.

⁴² J. MARTÍN QUERALT, «Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Residentes) (I)», en la obra colectiva *Manual de Derecho Tributario*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 127 y 128. En el mismo sentido, *vid.* F. GARCÍA BERRO, «El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (II)», en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 176.

⁴³ Cfr. M.T. DIVÍ I TORNÉS, *El concepto de empresario en el Impuesto sobre Actividades Económicas*, tesis doctoral inédita, Barcelona, 1999, págs. 219 a 222.

te exentas, donde se contempla expresamente la referida definición conceptual de actividad económica, al igual que en el IRPF y, como también se establece en el IAE [Impuesto sobre Actividades Económicas]]»⁴⁴.

Si ello es así, siguiendo con la misma autora, también se deberá convenir que una actividad económica únicamente se podrá reputar como tal si se ejerce de forma habitual, de manera que, tal y como se ha sostenido por buena parte de la doctrina, un hecho aislado o esporádico no podrá considerarse como actividad económica.

Ahora bien, según la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2005 (NFJ025193) cabe precisar que «afección no supone lo mismo que utilización». Y así, con referencia a la exención por reinversión regulada en el artículo 15.8 de la LIS de 1978 y el RIS de 1982, donde reclamaba que los elementos materiales del activo fijo fueran «necesarios» para la realización de sus actividades empresariales, señaló que «Cuando la ley establece que los activos fijos deben ser necesarios para la realización de la actividad empresarial de la empresa, en ningún caso está exigiendo que dicha necesidad deba concretarse en una utilización efectiva. Por el contrario, lo que dicha norma viene a requerir es que los citados activos puedan ser naturalmente aptos para la realización de dicha actividad, y que no se posean con una intención meramente especulativa, de forma que el hecho de que no se realice momentáneamente la actividad empresarial sobre los mismos no significa que dichos activos no estén dirigidos a la realización de la actividad empresarial». De ahí que la Sala considerase cumplimentado el requisito de la afectación en el caso de un terreno que estaba destinado a instalación de gasolinera, habiéndose obtenido las oportunas autorizaciones administrativas e inscritas en el Registro correspondiente, pero que por razones sobrevenidas (el proyecto perdió atractivo comercial al construir el ayuntamiento un Palacio de Congresos anejo al terreno que «escondía» la estación de servicio), la empresa decidió no instalar la gasolinera y vender el terreno⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. artículo 27.1 de la Ley 35/2006, del IRPF (BOE de 29 de noviembre) y artículo 79.1 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo), donde se contempla parejo precepto al del transcrito artículo 121.3 del vigente TRLIS de 2004.

⁴⁵ En parejo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2008 (NFJ044262). Esta sentencia, en relación con el diferimiento impositivo por reinversión regulado en el artículo 21 de la LIS de 1995, enjuició el caso extremo de una inmobiliaria que el 10 de febrero de 1997 adquirió un inmueble para construir un edificio destinado a la construcción de un hotel pero que acto seguido, el 21 de marzo de 1997, lo vendió. Sostiene la sentencia que «La indiscutida inexistencia de cualquier actividad sobre el bien (en forma de arrendamiento, etc.) es irrelevante para la calificación del mismo como inmovilizado o como existencias, no compartiendo la Sala, como ya se ha dicho, que la normativa contable propia de las empresas inmobiliarias añada un nuevo requisito para el goce de los beneficios fiscales, consistente en que el elemento del inmovilizado haya sido objeto de utilización o explotación, ni menos que la venta de un inmovilizado suponga su conversión automática en existencias. Según las actuaciones, las actividades llevadas a cabo sobre el bien consistieron en obras de rehabilitación del edificio, que se encontraba en mal estado, resultando en todo caso improcedente en tales circunstancias exigir para el beneficio fiscal un rendimiento previo». A juicio del Tribunal, la causa de que no procediese la aplicación del beneficio fiscal por reinversión estribaba en que el contribuyente no aportó ninguna prueba, directa o indiciaria, de que el inmueble fuera adquirido para la construcción de un hotel, cosa que resultaba preceptiva cuando la adquisición y venta del inmueble se produjo en tan escaso lapso temporal, concretamente se dice «La inmediata enajenación del bien, e incluso el compromiso de venta más inmediato, no supone tampoco privar del carácter problemático a la interpretación. Como ha quedado destacado el plazo de permanencia del bien no resulta determinante, sino solo indicativo, de la consideración del mismo como inmovilizado o como existencias. Lo decisivo es el destino o función del bien, que aquí ha quedado en la duda e incertidumbre, ante las contradicciones entre la contabilización, la actividad principal de la empresa y la inmediatez de su enajenación, lo que obliga a confirmar la liquidación y anular la sanción.»

A nuestro modo de ver, esta doctrina también resulta aplicable a la vigente deducción. Ciertamente, ha de tenerse en cuenta que ahora se exige que el bien haya estado «en funcionamiento al menos "un año" dentro de los tres anteriores» a su transmisión, pero, una vez cumplido este requisito, no impide la aplicación del beneficio fiscal la circunstancia que el bien «no se haya utilizado durante "dos años" dentro de los tres anteriores» a la transmisión.

Hecha esta precisión, tendente a poner en evidencia que los conceptos de «afectación» y de «funcionamiento» no son sinónimos, puede concluirse que un bien tan solo se podrá considerar afecto a una actividad económica cuando forme parte de los medios materiales que, junto a los medios personales o humanos, un sujeto determinado los ordene por cuenta propia con la finalidad de intervenir habitualmente en la producción o distribución de bienes o servicios.

En este sentido ya se pronunciaba el artículo 12.2 del RIS de 1982, cuando establecía: «Asimismo se entenderán elementos afectos a una explotación económica los bienes cuyo uso o disfrute se ceda de modo habitual, siempre que su gestión requiera una organización empresarial propia o a través de terceros».

Se observa que este precepto hacía hincapié en la necesidad de que la actividad empresarial de alquiler no escape de los requisitos típicos de la habitualidad y ordenación por cuenta propia de los factores de producción, de tal manera que tan solo se ejercerá la actividad de alquiler en régimen empresarial cuando se disponga de una empresa caracterizada por la ordenación habitual por cuenta propia del capital y del trabajo con la finalidad de intervenir en el mercado proporcionando inmuebles en régimen de alquiler. Pero es en extremo complicado saber cuándo en la práctica concurren estos requisitos en la actividad de alquiler, pues, siendo el alquiler inmobiliario una operación de tracto sucesivo, que se suele prolongar en el tiempo, resulta difícil concretar cuándo esta operación se reduce a ser un acto esporádico de administración patrimonial de los inmuebles y cuándo se incluye dentro de una actividad económica.

Por tal motivo, no resulta de extrañar que la Dirección General de Tributos fuera incapaz de establecer un criterio concreto, limitándose en relación con el IRPF a considerar como rendimientos empresariales de estas actividades cuando alcanzaran una cierta importancia, lo cual implicaba que la afectación de los inmuebles destinados al alquiler dependía de algo tan relativo como la importancia que tuvieran las rentas derivadas de los mismos ⁴⁶.

De ahí que el legislador tributario haya dictado normas para superar esta dificultad. Y así, las normativas del IRPF y del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) contemplan criterios específicos tendentes a clarificar las hipótesis en que el arrendador tendrá la consideración de empresario ⁴⁷, y

⁴⁶ Vid. I. PÉREZ ROYO, *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 105; J.I. GOROSPE OVIEDO, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley del IRPF y Reglamento del Impuesto*, Ed. Colex, Madrid, 1993, pág. 351.

⁴⁷ (i) IVA: concretamente, el arrendador de bienes inmuebles siempre y en todo caso se considera empresario a efectos del IVA. Ahora bien, ello no significa que siempre sea contribuyente. De hecho, tan solo será contribuyente cuando se trate de arrendamientos no exentos (como, por ejemplo, acontece en los locales comerciales); caso contrario, caso de que el arrendamiento esté exento del IVA (como, por ejemplo, acontece en las viviendas) se tributará por Impuesto sobre Trans-

la normativa del IAE contempla una amplísima exención a los efectos de gravar tan solo a los grandes arrendadores (respecto a los cuales, es difícil discutir que no ejercen la actividad en régimen empresarial), mientras que se evita el gravamen para los pequeños arrendadores con independencia de que se consideren empresarios o no, pues si son empresarios estarán exentos y si no lo son ni tan siquiera estarán sujetos ⁴⁸.

Esto explica que en el beneficio fiscal que nos ocupa el legislador también haya dictado normas para intentar clarificar su aplicación en los inmuebles alquilados por sociedades.

Históricamente, el requisito de la afectación en el referido beneficio fiscal se ha exigido en la exención por reinversión regulada en el artículo 15.8 de la LIS de 1978 y en el artículo 147 del RIS de 1982. Centrándonos en los terrenos arrendados, se venía a decir que, como regla general, no entraban dentro del ámbito objetivo del beneficio fiscal. Esta regla se fundaba en la idea de que si los terrenos se cedían no eran necesarios para la actividad económica y, por ende, no podían considerarse afectos a la misma.

Sin embargo, aquí se planteaba con toda su crudeza el problema de lo que acontecía con las sociedades cuya actividad económica era la inmobiliaria. Cuestión que fue resuelta con base en un criterio formal y otro material: (i) Por el criterio formal, los terrenos entraban dentro del ámbito objetivo de la exención si la sociedad se dedicaba exclusivamente al arrendamiento inmobiliario. (ii) Por el criterio material, los terrenos entraban dentro del ámbito objetivo de la exención si la sociedad transmitente tenía en explotación en régimen de alquiler en el último día del ejercicio precedente una superficie inmobiliaria superior a la que hubiera enajenado en dicho ejercicio y en el anterior. Se

misiones Patrimoniales (ITP), siendo contribuyente el arrendatario [cfr. arts. 4, 5.1 c), 7.1 c) y 20.1 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 de diciembre)]. En realidad, en este último caso creemos que se trata de una exención técnica que hace las veces de no sujeción delimitando el campo de aplicación del IVA y del ITP, de tal modo que el arrendamiento, más que exento, está no sujeto al IVA, lo que, por un lado, determina su sujeción al ITP, y, por otro lado, impide considerar al arrendador como contribuyente del IVA.

(ii) IRPF: la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF exigió la concurrencia de dos requisitos objetivos para calificar la actividad de empresarial que, en lo sustancial, se recogen en el artículo 27.2 de la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (BOE de 29 de noviembre), de tal manera que el arrendamiento, esté o no exento de IVA, siempre será susceptible de producir una renta sujeta al IRPF, lo cual, per se, ya es capaz de determinar la condición de contribuyente del arrendador por este impuesto. Ahora bien, el arrendador tan solo tendrá la condición de empresario cuando para el ejercicio de la actividad se sirva de un local de gestión y de un empleado contratado laboralmente. A nuestro modo de ver, el legislador del IRPF configura estos elementos como mínimos de la empresariedad, en el sentido de que si no concurren el arrendador no tendrá la consideración de empresario y, por ende, las rentas que obtenga tampoco serán rendimientos derivados de actividad empresarial, sino rendimientos del capital, lo cual implica que los inmuebles arrendados tampoco podrán tener la consideración de afectos a una actividad económica, tratándose, simplemente, de inmuebles sobre los que el titular hace un uso particular del patrimonio propio. Teóricamente es posible que aun cuando contando con estos elementos (local y empleado) la actividad arrendadora no se ejerza de forma empresarial; sin embargo, en la práctica ello es muy difícil siquiera de imaginar.

⁴⁸ En relación con el IAE, el legislador no nos da ningún criterio específico para determinar la consideración del arrendador como empresario. De ahí que debamos estar al criterio general consistente en que, el arrendador, esté o no exento del IVA y se considere o no empresario a efectos del IRPF, estará sujeto al IAE siempre que se demuestre la existencia de una empresa caracterizada por la ordenación habitual por cuenta propia del capital y del trabajo con la finalidad de intervenir en el mercado proporcionando inmuebles en régimen de alquiler (cfr. art. 78 del TRLRHL de 2004). Ahora bien, para paliar las dudas que este criterio puede generar, se ha arbitrado una amplia exención que tiene como finalidad sujetar tan solo a gravamen los grandes arrendadores de inmuebles [cfr. grupo 86 de las Tarifas y Regla 5.ª 2.B.f).2 de la Instrucción del IAE, aprobadas por el RDLeg. 1175/1990, de 28 de septiembre (BOE de 29 de septiembre)].

trataba de un supuesto donde la actividad de alquiler era cuantitativamente importante, lo cual era un indicio objetivo de que la sociedad se dedicaba de forma empresarial al alquiler.

Finalmente, se añadió un criterio temporal para ampliar el ámbito objetivo de la exención, de tal manera que los terrenos entraban dentro del mismo cuando se transmitieran juntamente con la finca urbana, siempre que dicha finca hubiera estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a la venta. Se trataba de un supuesto en que no existía ningún indicio de actividad empresarial arrendadora, pero aún así el legislador consideró que el arrendamiento durante este plazo de tiempo era suficiente para poder tener derecho a la exención.

El problema de la afectación de los terrenos arrendados desapareció con la LIS de 1995, pues la afectación no se exigió ni en el diferimiento impositivo regulado por el artículo 21 de la LIS de 1995, ni en la deducción por reinversión regulada por el artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001. Aquí bastaba la mera titularidad del bien.

Ahora bien, dicho problema volvió a reaparecer en la deducción por reinversión regulada por el artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, pues aquí se volvió a exigir el requisito de la afectación no dándose para los terrenos arrendados ningún criterio delimitador, lo cual implicaba que se debería estar a cada caso en particular para concretar si el terreno se destinaba de forma empresarial a la actividad arrendadora (en cuya hipótesis el terreno arrendado estaría afecto a la actividad económica y, por ende, su transmisión sería susceptible de gozar del beneficio fiscal) o, por el contrario, el terreno se destinaba al arrendamiento de forma no empresarial (en cuya hipótesis el terreno arrendado no estaría afecto a la actividad económica y, por ende, su transmisión no sería susceptible de gozar del beneficio fiscal).

Pero para evitar que una afectación puramente nominal pudiera generar el derecho a la deducción, el legislador exigió, junto a la afectación, un segundo requisito de carácter funcional, consistente en que el bien debería haber estado en funcionamiento al menos un año antes de la transmisión.

Este mismo esquema se reproduce en la nueva redacción que al artículo 42 del TRLIS de 2004 le ha dado la Ley 16/2007, pero presenta la novedad consistente en que, partiendo del nuevo Plan General Contable, introduce a las inversiones inmobiliarias dentro del ámbito objetivo de la deducción. En efecto, de dicho artículo se desprende que la deducción por reinversión alcanza tanto a los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial como a las inversiones inmobiliarias que estén afectos a actividades económicas y que hayan estado en funcionamiento durante un determinado plazo.

Como sabemos, las «inversiones inmobiliarias» difícilmente se pueden considerar afectas a la actividad económica, de donde se deduce que respecto al presente requisito del beneficio fiscal, lo relevante para las mismas no es la afectación, sino la circunstancia que haya estado en funcionamiento, esto es, que hayan estado generando rentas para la empresa, lo cual, tratándose de inversiones inmobiliarias, implica que, ordinariamente, estaremos ante terrenos alquilados (pues de otra forma difícilmente pueden generar rentas) por empresas que no se dedican de forma empresarial al arrendamiento de inmue-

bles (pues caso de dedicarse empresarialmente al arrendamiento inmobiliario, no estaríamos ante inversiones inmobiliarias, sino ante activos materiales afectos a la explotación económica).

En suma, entendemos que el aspecto funcional de la deducción por reinversión tiene dos niveles:

- (i) Respecto al inmovilizado material o inmaterial, reclama una afectación reforzada por la circunstancia de que haya estado en funcionamiento durante un determinado plazo (al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión).
- (ii) Respecto a las inversiones inmobiliarias, al no poder tener la consideración de bienes afectados, reclama simplemente que hayan estado en funcionamiento durante dicho plazo.

En relación con los terrenos arrendados, este criterio comporta que si han estado alquilados durante tal plazo podrán gozar de la deducción, pues si se trata de terrenos arrendados por empresas dedicadas al arrendamiento formarán parte de su inmovilizado, y si se trate de terrenos arrendados por empresas no dedicadas al arrendamiento, formarán parte de sus inversiones inmobiliarias.

6. ASPECTO TEMPORAL

6.1. Normativa

De los antecedentes históricos analizados, resulta que el aspecto temporal del beneficio fiscal relacionado con la reinversión no siempre se ha requerido. Y así:

- (i) De los artículos 15.8 de la LIS de 1978 y 147 del RIS de 1982, se deducía que para la exención bastaba que los activos fueran «utilizables» por un tiempo superior al periodo impositivo. Adviértase que no se requería su utilización efectiva, sino la posibilidad de su utilización durante un año, cosa que, desde un punto de vista material, siempre se daba en los terrenos. Como excepción, cabe tener presente que cuando se tratase de terrenos integrantes del activo fijo extrafuncional, se requería que la finca constituida por el terreno transmitido juntamente con la finca urbana construida sobre él hubiera estado arrendada durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta.
- (ii) Del artículo 21 de la LIS de 1995 se deducía que el diferimiento impositivo por reinversión exigía respecto a los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades que se hubiesen poseído, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, pero cuando se trataba de elementos del inmovilizado (cual es el caso de los terrenos), no se exigía ningún plazo de posesión.
- (iii) Del artículo 36 ter de la LIS de 1995 introducido por la Ley 24/2001, se desprendía que la deducción por reinversión requería que tanto los valores representativos del capital social

o en fondos propios de entidades, como los elementos del inmovilizado se hubieran poseído, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión.

- (iv) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le dio la Ley 35/2006, se infería que la deducción por reinversión exigía que los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades hubieran sido poseídos, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, mientras que con los elementos pertenecientes al inmovilizado se exigía que hubieran estado en funcionamiento, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión. Dado que la norma no lo especificaba, entendemos que el año de funcionamiento podía ser otro anterior al de la transmisión. De aceptarse este criterio, deberíamos convenir en que el requisito se reducía a que debía de tratarse de elementos que formasen parte del activo fijo funcional por estar afectos a la explotación económica a la fecha de la transmisión, pero que en esta fecha podían no estar en funcionamiento, bastando que lo hubieran estado en un año precedente.
- (v) Del artículo 42 del TRLIS de 2004 en la vigente redacción que le ha dado la Ley 16/2007, se desprende que la deducción por reinversión exige que los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades hayan sido poseídos, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, mientras que con los elementos pertenecientes al inmovilizado se exige que hayan estado en funcionamiento, al menos, durante un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.

6.2. Cómputo del plazo

Se observa que la vigente normativa se inspira en el requisito temporal que el artículo 147.2 c) del RIS de 1982 reclamaba para las fincas constituidas por el terreno transmitido juntamente con la finca urbana construidas sobre él. En concreto, se exigía que estas fincas hubieran estado arrendadas durante más de dos años en los tres años anteriores a su venta.

Decimos esto porque el actual artículo 42 del TRLIS de 2004 también requiere que los activos hayan estado en funcionamiento durante un tiempo mínimo dentro de un plazo concreto anterior a la transmisión. Concretamente, se exige que hayan estado en funcionamiento al menos un año dentro de los tres anteriores a su transmisión.

Ello significa que:

- (i) El bien puede no estar en funcionamiento a la fecha de la transmisión, siendo suficiente con que lo haya estado durante el año anterior o durante el anterior del anterior.
- (ii) Es más, como la norma no lo exige, ni tan siquiera es necesario que el año de funcionamiento haya de ser continuado, bastando que el número de días en que ha estado en esa situación, sume un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.

7. LA CULPABILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Hemos empezado el trabajo advirtiéndolo que, aplicándose el beneficio fiscal que nos ocupa a los activos calificados de inmovilizado, presenta como principal dificultad deslindarlos de los activos calificados de existencias, sobre todo cuando se trata de terrenos de las sociedades inmobiliarias.

La jurisprudencia ha venido sosteniendo que, al ser un beneficio fiscal, incumbe al contribuyente acreditar la concurrencia de los requisitos que lo legitiman y, por ende, es al contribuyente sobre el que pesa la carga de probar que se trata de un inmovilizado y no de existencias. Ahora bien, la misma jurisprudencia ha sostenido que aun cuando no lo consiga, y, por ende, se determine que no tiene derecho al beneficio fiscal, ello no significa que necesariamente se den los presupuestos para sancionarlo, pues la dificultad a la hora de delimitar el inmovilizado de las existencias impide como regla general apreciar la concurrencia de la culpabilidad.

Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2005 (NFJ020948) ⁴⁹, tras advertir la dificultad de adscribir los inmuebles de las empresas inmobiliarias a su activo fijo o a su activo circulante, pone de manifiesto que incluso la misma doctrina administrativa no es proclive a la imposición de sanciones en este marco. Concretamente, dice en su fundamento jurídico 6.º: «Con respecto a la naturaleza de los inmuebles es patente que las normas legales aplicables no nos permiten resolver la cuestión planteada de modo indiscutible. Por eso el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Cataluña afirma: «... siempre ha sido motivo de discusión –incluso doctrinal– si los activos de las empresas inmobiliarias son integrantes del fijo o del circulante –de ahí la calificación de los expedientes de rectificación sin sanción–...» ⁵⁰.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de julio de 2008 (NFJ044262), nos dice que «Más concretamente, y dentro de los numerosos y complejos presupuestos del beneficio fiscal, la cuestión aquí litigiosa se ciñe al cumplimiento del requisito de que los bienes objeto de la transmisión onerosa sean "elementos patrimoniales del inmovilizado", cuyo cumplimiento se sostiene en la demanda, mientras que para la inspección los bienes transmitidos en el supuesto enjuiciado han de calificarse como "existencias"...» (FD 5.º). Tras exponer los criterios jurídicos con base en los cuales se ha de proceder a discriminar entre ambos tipos de bienes, la sentencia advierte que «A la vista de las consideraciones generales efectuadas hasta aquí, se comprenderá el evidente carácter problemático que presenta la determinación de la naturaleza de los inmuebles pertenecientes a empresas inmobiliarias» (FD 6.º), concluyendo categóricamente en que «La calificación de un inmueble como inmovilizado o como existencias en una empresa inmobiliaria de objeto social mixto es problemática sea cual sea su tamaño». De ahí que se advierta que «En el caso enjuiciado, las resoluciones impugnadas del TEAR admiten que la diferenciación entre inmovilizado y existencia es una cuestión compleja y que ha dado lugar a diferentes interpretaciones y pronunciamientos judiciales, que han conllevado, en numerosas ocasiones, a calificar los expedientes como de rectificación sin sanción» (FD 10.º).

⁴⁹ De la que se hacen eco las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de julio de 2008 (*JUR* 2008/31579) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2008 (NFJ033303).

⁵⁰ En este sentido, el fundamento de derecho 2.º de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 19 de enero de 2007 (NFJ025663), ha reconocido que «Tratándose de empresas que realizan actividad inmobiliaria, resulta en ocasiones difícil la adscripción de los inmuebles que componen su patrimonio a una u otra categoría de activos...».

8. CONCLUSIONES

1. Partiendo de las teorías económicas proclives a **fomentar la inversión empresarial**, tradicionalmente la normativa del IS ha contemplado un beneficio tendente a minorar la carga fiscal de los incrementos o ganancias patrimoniales que, derivando de la transmisión de activos fijos, se destinaran a la reinversión, esto es, a la adquisición de otros activos fijos.
2. Uno de los principales problemas que ha planteado esta normativa es el de concretar los activos que dan derecho al beneficio fiscal, pues no siempre es fácil determinar cuándo estamos ante un activo fijo (inmovilizado) o un activo circulante (existencias), máxime cuando se trata de terrenos de **empresas inmobiliarias** que tienen por objeto empresarial la venta de inmuebles y/o su alquiler.
3. Prescindiendo de antecedentes más remotos, se ha venido contemplado alguna suerte de beneficio por reinversión desde el artículo 15.8 de la LIS de 1978 hasta el vigente artículo 42 del TRLIS de 2004 en la redacción que le ha dado la Ley 16/2007, donde se regula la **deducción por reinversión** y cuyos aspectos más relevantes de su elemento objetivo pasaremos acto seguido a esquematizar en relación con los terrenos de las empresas inmobiliarias.
4. Por lo que respecta al **aspecto material** de la deducción, se centra en los elementos patrimoniales del inmovilizado material, intangible o inversiones inmobiliarias, o de valores representativos de la participación del capital o en fondos propios de entidades no inferior al 5 por 100, con exclusión de las operaciones de disolución o liquidación de esas entidades. En este marco, los terrenos son susceptibles de incluirse tanto dentro del inmovilizado material como de las inversiones inmobiliarias.
5. Los terrenos adquiridos por una empresa inmobiliaria se deberán clasificar como **inversión inmobiliaria**: (i) Si se destinan al arrendamiento por una empresa cuyo objeto social no es el arrendamiento inmobiliario, sino la venta de inmuebles; o, (ii) si se destinan a la venta a largo plazo por una empresa inmobiliaria cuyo objeto social no es la venta de terrenos, sino su arrendamiento.
6. Los terrenos adquiridos por una empresa inmobiliaria se deberán clasificar como **inmovilizado material**: (i) Si se destinan al arrendamiento por una empresa cuyo objeto social es el arrendamiento inmobiliario; o, (ii) si se destinan al uso propio de la empresa, ya se trate de una empresa inmobiliaria cuyo objeto social sea el arrendamiento inmobiliario, ya se trate de una compañía inmobiliaria cuyo objeto social sea la venta de inmuebles.
7. En ambos casos entendemos se da una **presunción legis** a favor de su consideración como activo fijo (ya como inversión inmobiliaria, ya como inmovilizado material) y, por ende, de que se incluyen dentro del aspecto material de la deducción, salvo que se pruebe su enajenación sin haberse destinado previamente al uso propio o al arrendamiento, pues de acreditarse esta circunstancia tendrán la consideración de existencias y, por ende, estarán fuera del aspecto material de la deducción.

8. Por lo que respecta al **aspecto funcional** de la deducción, se centra en que los activos pertenecientes al inmovilizado material o inmaterial y las inversiones inmobiliarias han de estar afectos a actividades económicas y han debido de estar en funcionamiento.
9. Un bien tan solo se podrá considerar afecto a una actividad económica cuando forme parte de los medios materiales que, junto a los personales o humanos, un sujeto determinado ordene por cuenta propia con la finalidad de intervenir habitualmente en la producción o distribución de bienes o servicios. Ahora bien, los conceptos de «**afectación**» y de «**funcionamiento**» no son sinónimos, pues la afectación simplemente implica que se trate de bienes naturalmente aptos para la realización de la actividad económica, lo cual, en la normalidad de los casos, se traducirá en su utilización dentro de la actividad económica, pero, caben supuestos de bienes afectos no llegados a utilizar, tal y como por ejemplo acontece cuando se adquiere un bien para destinarlo a la empresa pero circunstancias sobrevenidas justifican que se decida enajenarlo antes de su utilización.
10. Consciente el legislador de esta diferencia, y a los efectos de evitar que una afectación puramente nominal pudiera generar el derecho a la deducción, se reclama tanto la afectación como el funcionamiento del bien. El problema radica en que las inversiones inmobiliarias difícilmente se pueden considerar afectas a la actividad económica, de donde se deduce que respecto al presente requisito del beneficio fiscal, lo relevante para las mismas no es la afectación, sino la circunstancia de que hayan estado en funcionamiento. En suma, entendemos que **el aspecto funcional de la deducción por reinversión tiene dos niveles**: (i) Respecto al inmovilizado material o inmaterial, reclama una afectación reforzada por la circunstancia de que haya estado en funcionamiento durante un determinado plazo (al menos un año dentro de los tres anteriores a la transmisión). (ii) Respecto a las inversiones inmobiliarias, al no poder tener la consideración de bienes afectados, reclama simplemente que hayan estado en funcionamiento durante dicho plazo. Con relación a los terrenos arrendados, este criterio comporta que si han estado arrendados durante tal plazo podrán gozar de la deducción, pues si se trata de terrenos arrendados por empresas dedicadas al arrendamiento formarán parte de su inmovilizado y si se trata de terrenos arrendados por empresas no dedicadas al arrendamiento formarán parte de sus inversiones inmobiliarias.
11. Por lo que respecta al **aspecto temporal** de la deducción, se centra en que los valores representativos del capital social o en fondos propios de entidades hayan sido poseídos, al menos, durante un año de antelación a la fecha de transmisión, mientras que con los elementos pertenecientes al inmovilizado se exige que hayan estado en funcionamiento, al menos, durante un año dentro de los tres anteriores a la transmisión. Ello significa que: (i) El terreno puede no estar en funcionamiento a la fecha de la transmisión, siendo suficiente con que lo haya estado durante el año anterior o el inmediato precedente. (ii) Es más, como la norma no lo exige, ni siquiera es necesario que el año de funcionamiento haya de ser continuado, bastando con que el número de días que ha estado en esta situación sume un año dentro de los tres anteriores a la transmisión.
12. Por lo que respecta al **procedimiento sancionador**, la jurisprudencia sostiene que, al ser un beneficio fiscal, incumbe al contribuyente acreditar la concurrencia de los requisitos que

lo legitiman y, por ende, es a este al que corresponde probar que se trata de un inmovilizado y no de existencias. Ahora bien, la misma jurisprudencia ha sostenido que aun cuando no lo consiga y, por ende, se determine que no tiene derecho al beneficio fiscal, ello no significa que necesariamente se den los presupuestos para sancionarlo, pues la dificultad a la hora de delimitar el inmovilizado de las existencias impide como regla general apreciar la concurrencia de la culpabilidad.

LA PROGRESIVA PÉRDIDA DE IDENTIDAD DEL RÉGIMEN DE LAS EMPRESAS DE REDUCIDA DIMENSIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

Extracto:

ALGUNAS de las medidas que ha venido adoptando el legislador español, desde el 1 de enero de 2009, para contrarrestar los graves efectos de la pérdida de empleo y de la falta de liquidez sufrida por las empresas, de manera singular de las pequeñas y medianas, han provocado, entre otras consecuencias contradictorias, un paulatino vaciamiento de determinados incentivos tributarios que justificaron en su día la creación de un régimen especial en el Impuesto sobre Sociedades para las empresas de reducida dimensión. El presente trabajo analiza los efectos jurídicos más importantes de la progresiva pérdida de identidad de ese régimen tributario, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo.

Palabras clave: pequeñas y medianas empresas, Impuesto sobre Sociedades, incentivos tributarios, neutralidad fiscal y regímenes especiales.

THE PROGRESSIVE LOSS OF IDENTITY OF THE REGIME OF THE SMALL AND MEDIUM COMPANIES IN THE PROFITS TAX

ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ

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

Abstract:

SOME of the measures that has come adopting the Spanish parliament, from 1 January 2009, to counter the negative effects of the loss of employment and of the fault of liquidity suffered by the companies, of singular way of the small and medium, have caused, between other contradictory consequences, a gradual disappearance of determinate incentives of taxes that justified in his moment the creation of a special regime in the Profits Tax for the companies of reduced dimension. The present work analyses the juridical effects more important of the progressive loss of identity of this special rules of taxes, so much from the subjective point of view as from an objective perspective.

Keywords: small and medium companies, Profits Tax, taxes incentives, neutrality in the taxes and special regimes.

Sumario

- I. Fundamento y ámbito del régimen especial de las empresas de reducida dimensión.
- II. Las amortizaciones libres y aceleradas vinculadas a la consecución de determinadas finalidades.
 - 1. Las distintas funciones o finalidades de las amortizaciones.
 - 2. El favorable efecto financiero conseguido con el diferimiento del Impuesto sobre Sociedades.
 - 3. Los incentivos a la inversión y al empleo generados por las amortizaciones libres y aceleradas.
 - 4. La utilización de las amortizaciones como instrumento de política fiscal frente a la crisis económica.
- III. Dotación global a la provisión por insolvencias de deudores.
- IV. Minoración en el tipo de gravamen general del Impuesto sobre Sociedades.
- V. La incompatibilidad de algunos de los beneficios fiscales de las empresas de reducida dimensión con el régimen de la estimación directa simplificada del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- VI. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: El presente trabajo se enmarca en el desarrollo de dos proyectos de investigación, ambos sobre *La armonización de la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades*. Por una parte, el Proyecto «DER2008-4905» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y, por otra, el Proyecto «INCITE09 399 264 PR» financiado por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia.

I. FUNDAMENTO Y ÁMBITO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS DE REDUCIDA DIMENSIÓN

El ordenamiento tributario español creó, por virtud de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre (en adelante LIS), un régimen especial en el IS que denominó «Incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión». Esta denominación apunta claramente a la doble finalidad, objetiva y subjetiva, perseguida por el legislador con la creación de dicho régimen. Por un lado, desde un punto de vista objetivo, se ha querido implantar una serie de beneficios fiscales específicos que suponen una minoración de la carga tributaria para determinados sujetos pasivos del IS, de modo particular si se les compara con el resto de los contribuyentes sometidos al régimen general de dicho tributo. Por otro, desde un punto de vista subjetivo, la norma legal ha pretendido limitar ese conjunto de incentivos tributarios a un determinado perfil de contribuyentes, aquellos que obtienen menores cifras de negocio, lo que la ley califica como «empresas de reducida dimensión».

Sobre esto último conviene destacar que, desde la aprobación de la Ley en 1995 hasta nuestros días, el legislador ha ido elevando paulatinamente el límite máximo de facturación por debajo del cual es posible englobar a una empresa entre las de reducida dimensión a los efectos del IS, pasándose de los 250 millones de pesetas de aquel año (lo que equivaldría más o menos a 1,5 millones de euros) hasta los actuales 10 millones de euros ¹. Es decir, en un periodo de 15 años, las sucesivas modificaciones normativas han multiplicado por más de 6 la cifra neta de negocios que actúa como requisito legal para que un sujeto pasivo del IS pueda acogerse a este régimen especial, lo que es indicativo del indudable carácter expansivo que en términos relativos ha tenido el citado régimen dentro del tejido empresarial español.

La primera conclusión que cabe extraer es que la LIS española ha tomado en consideración un único parámetro cuantitativo para calificar a una empresa societaria como de reducida dimensión, a saber, que el importe neto de su cifra de negocios habida en el periodo impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros. Evidentemente, podría haber valorado otros datos objetivos, bien de forma separada o bien combinados con el anterior, y ya fuesen proporcionados por la propia empresa o extraídos de registros públicos, tales como, por ejemplo, el número medio de trabajadores en plantilla, la suma de las partidas del activo correspondiente al último balance cerrado, el importe del

¹ La última norma en elevar a 10 millones de euros la cifra neta de negocios, para calificar a una empresa como de reducida dimensión, ha sido el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre.

valor agregado neto de los bienes entregados o servicios prestados en el mercado, etc.². Más recientemente, el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, al modificar el artículo 45.4 del Real Decreto Legislativo 4/2004 en lo atinente a los porcentajes de cálculo de los pagos fraccionados que deben realizar los sujetos pasivos del IS, ha introducido una pequeña variante a los efectos de discriminar a las empresas por razón de su mayor o menor tamaño a la hora de cuantificar dichos pagos anticipados. En concreto, ha tomado en consideración el «volumen de operaciones» calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 37/1992, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Dicha magnitud comprende el importe total, excluido el propio IVA, y, en su caso, el recargo de equivalencia y la compensación a tanto alzado, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por el sujeto pasivo durante un determinado periodo de tiempo. En dicho importe tampoco se incluyen las operaciones derivadas de las entregas ocasionales de bienes inmuebles, bienes de inversión y otro tipo de operaciones financieras.

En cualquier caso, parece oportuno comenzar aclarando que el régimen especial previsto por los artículos 108 a 114 del vigente Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en lo sucesivo, TRLIS), no resulta aplicable exclusivamente a los sujetos pasivos del IS que facturen menos de 10 millones de euros en cada ejercicio económico, sino que también se hace extensivo a otros dos grupos de contribuyentes.

En efecto, los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) que no superen el citado límite cuantitativo en la totalidad de las actividades económicas desarrolladas por ellos, y que determinen sus rendimientos netos en cualquiera de las dos modalidades de estimación directa, pueden asimismo acogerse a los incentivos tributarios previstos en los artículos 108 y siguientes del TRLIS. Ello es así por el juego de los artículos 28.1 y 30 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF (en adelante, LIRPF), si bien esa aplicación expansiva del régimen especial contemplado en el TRLIS está sometida a determinadas salvedades, la más importante de las cuales resulta obvia: los tipos de gravamen establecidos en el artículo 114 del TRLIS en ningún caso resultan aplicables a los sujetos pasivos del IRPF, pues estos últimos someten los rendimientos netos de sus actividades económicas a la renta general del impuesto que termina tributando en la escala de gravamen progresiva.

En segundo lugar, el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, ha modificado el artículo 108 del TRLIS permitiendo que, de manera temporal, puedan acogerse a los beneficios fiscales del mencionado régimen especial los sujetos pasivos del IS que hayan rebasado el límite cuantitativo de 10 millones de euros. Concretamente, el ámbito de aplicación temporal del régimen especial se amplía a los tres ejercicios inmediatos siguientes a aquel en que una entidad supere el umbral de facturación de 10 millones de euros, incluso en la hipótesis de que dicho límite se haya rebasado como consecuencia de un proceso de reestructuración empresarial, con la única restricción en este último caso de que todas las entidades afectadas por ese proceso de reestructuración estén dentro del citado umbral. El único requisito adicional para poder disfrutar de esta prórroga temporal de los incentivos para

² Así sucede con el Plan General de Contabilidad para pequeñas y medianas empresas (Pymes), aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, el cual fija como requisito para su aplicación a este tipo de empresas el haber cumplido durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) Que el total de las partidas del activo no supere los 2.850.000 euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 5.700.000 euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

empresas de reducida dimensión es que la entidad, o conjunto de entidades afectadas si se trata de una operación de reestructuración de las reguladas en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, hayan cumplido las condiciones para ser consideradas de reducida dimensión tanto en el periodo impositivo en que alcancen la cifra de negocios de 10 millones de euros, o aquel en que se materialice la operación de reestructuración, como en los dos periodos impositivos anteriores a este último.

La mencionada ampliación temporal a sujetos pasivos que rebasen la citada cifra de negocios constata que razones coyunturales de política económica han desnaturalizado, en buena medida, el concepto de empresa de reducida dimensión en el IS español. Tal forma de proceder escenifica una especie de expansión unificadora de beneficios fiscales que convierte en general lo que hasta el momento era *de lege data* un régimen específico para las Pymes, lo que desacredita el criterio del propio legislador de seguir considerando a ese conjunto de normas del Capítulo XII del Título VII del TRLIS como una serie de incentivos fiscales creados en exclusiva para los pequeños y medianos empresarios. Muy al contrario, más bien lo que semeja es que el titular del poder tributario estatal no ha querido cerrarle la puerta a la gran empresa, que ha dado el salto para acceder a esa categoría por haber experimentado un crecimiento continuo en su volumen de facturación, para que continúe gozando de los beneficios fiscales de los que previamente disfrutaba como Pyme.

En síntesis, con el matiz apuntado, el régimen especial de las empresas de reducida dimensión afecta a tres tipos de incentivos fiscales directamente relacionados con los elementos de cuantificación del tributo: el incremento de la cuantía de las amortizaciones fiscalmente deducibles cuando estas se vinculan a determinadas finalidades, la dotación global a la provisión por insolvencias, y la minoración en el tipo de gravamen general del IS ³.

A continuación vamos a detenernos por separado en cada una de las tres figuras citadas, pres-tándole mayor atención a las diferentes funciones y utilidades que desempeñan las amortizaciones desde el punto de vista de las políticas de estímulo fiscal a las Pymes, y ello no sin antes reseñar que todas ellas demuestran la típica triple eficacia que, en opinión de alguna doctrina ⁴, debe denotar todo beneficio tributario: a) Eficacia instrumental, en la medida en que perfilan o modulan el contorno del hecho imponible del IS. b) Eficacia inmediata, en tanto que neutralizan o, cuando menos, minoran la carga tributaria del impuesto. c) Eficacia mediata, toda vez que le otorgan un trato preferencial o ventajoso a un determinado colectivo de contribuyentes, en este caso las empresas de reducida dimensión.

³ A los tres incentivos fiscales citados habría que añadir dos más previstos en el TRLIS. Así, de una parte, el artículo 36 del TRLIS regula una deducción para dichas empresas en la cuota íntegra del IS con el objeto de fomentar el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación. De otra, las empresas de reducida dimensión gozan de una ventaja fiscal adicional, desde el punto de vista de la cuantía deducible en la base imponible del IS, cuando suscriben el contrato de arrendamiento financiero a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En efecto, a tenor del artículo 115.6 del TRLIS, para dichas empresas la cuantía máxima deducible de la parte de las cuotas de *leasing* correspondiente a la recuperación del coste del bien se eleva al triple del coeficiente de amortización lineal máximo según tablas que le corresponda al elemento patrimonial objeto del arrendamiento financiero, para lo que se tendrá en cuenta el momento de su puesta en condiciones de funcionamiento. Así pues, el incentivo tributario para las Pymes se traduce en la práctica en una especie de amortización «superacelerada» del bien objeto del arrendamiento financiero, beneficio que nunca podrá exceder de las cuotas totales satisfechas a la entidad arrendadora.

⁴ Vid. CASAS AGUDO, D.: «Aproximación a la categoría jurídico-económica del beneficio tributario», en VV.AA.: *Estudios sobre los beneficios fiscales en el sistema tributario español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, págs. 20-21.

II. LAS AMORTIZACIONES LIBRES Y ACELERADAS VINCULADAS A LA CONSECUCCIÓN DE DETERMINADAS FINALIDADES

De los siete preceptos que el TRLIS destina al régimen especial de las empresas de reducida dimensión la mayoría de ellos, artículos 109, 110, 111 y 113, se ocupa de regular la figura de las amortizaciones combinando dos posibles métodos, amortizaciones libres y amortizaciones aceleradas, a modo de mecanismos susceptibles de estimular en el contribuyente conductas no solo beneficiosas para el entorno socioeconómico (fomento de la inversión productiva y de la creación de empleo) sino también para el propio sujeto pasivo (diferimiento de la carga tributaria derivada del IS). En suma, las amortizaciones que nos ocupan actuarían, en el decir del artículo 2.1 de la Ley General Tributaria, como instrumentos al servicio de la política económica general. No obstante, con carácter previo al análisis de ambas técnicas de amortización, juzgamos oportuno tratar algunos aspectos que rodean a la figura genérica de la amortización, dada su capital importancia en la determinación de la base imponible de los impuestos que gravan las rentas empresariales y, en particular, en el ámbito de las Pymes.

En efecto, el interés de las amortizaciones no se ciñe en exclusiva a su vertiente contable o económico-financiera, sino que las funciones que desarrollan en materia tributaria proyectan sus efectos más allá del ámbito de la fiscalidad empresarial, de modo particular cuando el legislador decide convertir la amortización en un incentivo fiscal al servicio de los fines de la política económica dirigida a las Pymes. Por ello, atendiendo a los distintos puntos de vista desde los que pueden ser analizadas las amortizaciones, con implicaciones más o menos directas para la fiscalidad directa de las Pymes, a continuación nos referiremos a los tres siguientes: a) La amortización como coste o gasto productivo. b) La amortización como instrumento de financiación de la empresa. c) La amortización como beneficio fiscal.

1. Las distintas funciones o finalidades de las amortizaciones

1.1. La amortización como coste o gasto productivo

Desde el punto de vista contable, las amortizaciones siempre han sido tratadas como un gasto de explotación con el que se pretende reflejar la pérdida de valor de determinados bienes como consecuencia de su depreciación física o funcional, por lo que contablemente incorporan dicha pérdida de valor a los costes de producción⁵. Desde esta perspectiva, las amortizaciones son objeto de análisis por la contabilidad analítica o de costes, ya que computan una pérdida de valor irreversible inherente a la obsolescencia o envilecimiento natural de los bienes o derechos del inmovilizado.

A su vez, desde la óptica de la contabilidad financiera, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (en adelante, PGC-2007), sigue manteniendo las amortizaciones como un gasto más del ejercicio, pero el nuevo documento contable cons-

⁵ Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 45.

tituido por el «estado de flujos de efectivo»⁶ constata, entre otros extremos, que las amortizaciones no conllevan una salida de efectivo. En concreto, dicho estado financiero informa sobre el origen y la utilización de los activos monetarios, clasificando los movimientos por actividades e indicando la variación neta de dicha magnitud en el ejercicio económico. Pues bien, para calcular el efectivo generado por las operaciones desarrolladas por la empresa, se parte del resultado del ejercicio antes de impuestos para, seguidamente, practicar sobre dicho resultado las correcciones o ajustes pertinentes tendentes a eliminar los ingresos y gastos que no hayan producido un movimiento de efectivo. Precisamente, llegado el momento de determinar los flujos de efectivo de las actividades de explotación, uno de los ajustes a practicar con signo positivo viene motivado por las amortizaciones del inmovilizado, y ello por la sencilla razón de que estas últimas a pesar de haber sido contabilizadas previamente como gastos de explotación, sin embargo, son operaciones neutras a los efectos de los movimientos de efectivo de la empresa. Dicho en otras palabras, la contabilidad las reconoce como coste o gasto del ejercicio pero sin repercusión en el estado financiero de movimientos de efectivo porque no conllevan pagos a terceros⁷. Esta segunda característica apunta claramente a la otra vertiente de las amortizaciones, en cuanto que actúan como instrumento financiero capaz de generar recursos suficientes para recuperar el precio de adquisición o coste de producción de los bienes de inversión (la amortización como medio de financiación), extremo este sobre el que volveremos más adelante.

Ahora bien, como señala GARCÍA NOVOA, las amortizaciones no pueden identificarse plenamente con los costes incorporados al proceso productivo de la empresa, entendidos estos últimos como consumos aplicados a la producción. Y ello porque los bienes amortizables sobreviven al ejercicio económico de la sociedad, es decir, no se «consumen» con el proceso productivo como sí les ocurre, por ejemplo, a las materias primas⁸. Por su parte, ANDRÉS AUCEJO va más allá y prefiere diferenciar gasto y coste; a su juicio, «el concepto más amplio será el de "gasto", equivalente a toda adquisición de un factor productivo y solo en la medida en que dicho gasto implique un consumo o lo que es lo mismo, sea aplicado al proceso productivo, estaremos en presencia de un coste»⁹. Aplicando dicho razonamiento a las amortizaciones, la citada autora sostiene que «a medida que el gasto inicial vaya incorporándose al proceso productivo a través de las sucesivas dotaciones a la amortización, irá materializándose en costes», para concluir afirmando que, como suele ser habitual, cuando la amortización se produce de forma paulatina y acorde con la depreciación experimentada por el bien utilizado en el proceso productivo, «se observa nitidamente la denominada función económica de la amortización, consistente en la periodificación del gasto inicial a lo largo del ejercicio. De manera que el importe que resta, en su caso, por imputar a costes y cuyo registro se producirá de forma diferida en el tiempo es a lo que se ha dado en llamar inversión»¹⁰.

⁶ Dicho documento es opcional si el empresario presenta el balance, el estado de cambios en el patrimonio neto y la memoria en formato abreviado, o si opta por el PGC para Pymes.

⁷ En cambio, y en contrapartida, como las amortizaciones presuponen la existencia de un desembolso presente o futuro por las inversiones o adquisiciones de bienes de inversión (inmovilizado material, inmovilizado intangible e inversiones inmobiliarias), a la hora de calcular el estado de flujos de efectivo de las actividades de inversión sí es preciso realizar un ajuste de signo negativo sobre el resultado del ejercicio (cuenta de pérdidas y ganancias) con el fin de reflejar los pagos o desembolsos efectivamente realizados a terceros a lo largo de dicho ejercicio por la compra o adquisición de tales bienes. Dicho de otra manera, los pagos por inversiones sí tienen una repercusión directa en el estado de flujos de efectivo.

⁸ *Vid. Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., pág. 48.

⁹ *Vid. La amortización del inmovilizado material: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades con remisión a la normativa mercantil y contable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 117.

¹⁰ *Vid. La amortización del inmovilizado material: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., págs. 118-119.

Pues bien, comoquiera que las amortizaciones reflejan la pérdida de valor de bienes de uso o consumo duradero, la consecuencia es que solo pueden computar ese desgaste en forma de gasto o coste desde la puesta en condiciones de funcionamiento de los mismos y por el tiempo que dure su vida útil. Es decir, en términos económicos, no sería correcta la completa contabilización de un gasto —equivalente a su precio de adquisición— en el ejercicio en que un bien de inversión es adquirido y entra en funcionamiento. Muy al contrario, la amortización es una técnica que permite computar el coste de un bien a lo largo de los distintos ejercicios económicos en que dicho elemento patrimonial se espera que preste el correspondiente servicio o utilidad productiva a la empresa. Dicho servicio o utilidad solo puede traducirse en la capacidad del bien de inversión de generar ingresos para la empresa.

En suma, tal como ha destacado algún autor al estudiar la doctrina alemana, nos movemos entre dos tesis aparentemente contrapuestas. O la función primordial de la amortización es la de servir como mecanismo de «distribución de los costes», en la medida en que el precio de adquisición o coste de producción de los bienes del inmovilizado debe periodificarse a lo largo del tiempo en que dichos elementos patrimoniales son susceptibles de generar beneficios para la empresa, o por el contrario las normas reguladoras de la amortización persiguen como objetivo prioritario cuantificar un gasto equivalente al desgaste experimentado por los bienes amortizables, por lo que en este segundo caso el presupuesto de hecho de la amortización estaría constituido por la depreciación efectiva experimentada por los elementos patrimoniales ¹¹.

Desde mi punto de vista, es perfectamente posible conjugar ambas teorías. En efecto, contable y fiscalmente la amortización representa una distribución plurianual de la inversión efectuada por el empresario en bienes del activo fijo, los cuales experimentan una depreciación física o funcional desde el mismo momento en que están en condiciones de generar ingresos y hasta el día en que se haya agotado su capacidad de producir beneficios para la empresa. Es así como el reparto o distribución de costes representativos de la adquisición del bien de inversión se hace en función de su vida útil, y a su vez dicho periodo de tiempo computa un desgaste que, por razones prácticas y de simplificación de cálculo, toma como punto de referencia el precio de adquisición o coste de producción de dicho elemento patrimonial. Existe pues una relación o dependencia recíproca entre ambas magnitudes: la temporal, correspondiente al plazo en que se espera que el bien amortizable contribuya al proceso productivo de la empresa, y la monetaria, representada por el importe desembolsado en la adquisición de dicho activo ¹².

Así pues, de lo que antecede podemos extraer dos conclusiones:

- 1.^a Las amortizaciones, más que un gasto, son un instrumento de imputación de gastos por ejercicio, es decir, distribuyen o periodifican durante todo el tiempo de vida útil del bien el desembolso monetario efectuado por la empresa en el momento de la compra de dicho bien ¹³. O si se prefiere, parece más apropiado sostener que el coste de una inversión se

¹¹ Vid. ORTIZ CALLE, E.: *El régimen jurídico tributario de las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades*, Colex, Madrid, 2001, pág. 15.

¹² En el mismo sentido, ORTIZ CALLE sostiene que «la distribución de los costes del inmovilizado y su depreciación se comportan como causa y efecto de un mismo fenómeno, por lo que no cabe contemplar aisladamente ambos aspectos de la realidad analizada». (Vid. *El régimen jurídico tributario de las amortizaciones...*, ob. cit., págs. 16-17).

¹³ Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., pág. 50.

recupera a través del proceso de amortización, proceso que no es posible aplicar a un gasto, es decir, el gasto que conlleva una inversión se recupera en varios ejercicios económicos.

Desde este primer ángulo, las amortizaciones están relacionadas a su vez con dos principios contables: imagen fiel del patrimonio de la sociedad, y correlación de ingresos y gastos. Conforme al primero, se trata de informar a los terceros de que las inversiones de la empresa han perdido valor con su uso o con el simple paso del tiempo, lo que exige disminuir su valor en el importe de la depreciación experimentada. Con arreglo al segundo, se trata de periodificar como gasto el importe de las inversiones realizadas, de forma que se impute a cada uno de los periodos o plazos que conforman su vida útil la parte proporcional que se entiende relacionada con los ingresos del respectivo ejercicio económico. A este respecto conviene observar que la correlación de ingresos y gastos ha dejado de ser un principio contable en el PGC-2007, y ha pasado a reubicarse dentro de los denominados criterios de reconocimiento de los elementos en las cuentas anuales. Y son justamente los criterios de reconocimiento los que justifican operaciones contables como las amortizaciones.

En efecto, los criterios de reconocimiento tratan de responder a las preguntas de cuándo y cómo se incorporan los activos, los pasivos o sus variaciones a los estados financieros de las empresas. Concretamente, se reconocerá un activo cuando sea probable que, de los derechos inherentes al mismo o de su explotación, fluyan a la empresa rendimientos o beneficios económicos. Así sucede con los bienes de inversión desde su puesta en condiciones en funcionamiento, pues al tiempo que se contabiliza el gasto devengado por su depreciación sistemática sirven simultáneamente para generarle ingresos a la empresa.

En definitiva, contablemente, las amortizaciones tienen un doble reflejo: en la cuenta de pérdidas y ganancias como un gasto de explotación del ejercicio, y en el activo del balance disminuyendo el valor de los bienes o derechos amortizables.

- 2.^a La doctrina científica equipara las amortizaciones a un gasto, pero lo hace —como explica GARCÍA NOVOA— porque el legislador permite deducir una cantidad convencionalmente fijada del valor de un bien —no susceptible de consumo— como si fuese un consumo más del ejercicio económico de la sociedad ¹⁴.

Esta segunda conclusión trasciende los aspectos estrictamente asociados a la contabilidad y afecta de lleno a la base imponible de los impuestos que gravan la renta de las sociedades. Así, desde el momento en que una norma legal le atribuye a un bien de inversión efectos jurídicos que se apartan del tradicional concepto económico de «inversión» —como contrapuesto al de gasto corriente o de consumo vinculado al circulante—, dicha norma está convirtiendo a la amortización en un importante elemento de configuración de la base imponible del tributo, por lo que aquella incide de lleno en un componente esencial del impuesto con evidentes repercusiones en los valores de justicia tributaria, y más en particular en el principio de capacidad económica.

En definitiva, la amortización técnica modula en buena medida la renta empresarial que actúa como expresión de la riqueza sometida a gravamen. Pero ante la dificultad evidente que supondría

¹⁴ Vid. *Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., págs. 50-51.

efectuar un cálculo preciso o exacto de la depreciación real sufrida por los bienes de inversión en cada ejercicio económico y, por consiguiente, debido a razones de practicabilidad y simplificación en la gestión económica de la empresa, la normativa contable y la tributaria optan por aplicar una amortización sistemática que distribuya de manera racional, aunque admitiendo diferentes métodos de cálculo, el precio de adquisición o coste de producción de los bienes a lo largo de su vida útil. Así pues, cualquier sistema de cálculo de las amortizaciones que ignore por completo el parámetro relativo a la vida útil de los activos afectados probablemente pretenda servir como medida de estímulo fiscal pero, lo que no cabe duda es que estará actuando de espaldas a la medición de la renta neta generada por tales bienes y, por lo tanto, pasaría por alto la capacidad contributiva real de esa empresa. Avancemos ya que esta última circunstancia es algo que, al menos de entrada, está presente en la denominada «libertad de amortización», aspecto sobre el que volveremos en otro momento.

1.2. La amortización como instrumento de financiación de la empresa

Desde esta segunda vertiente, las amortizaciones cumplen una función estrictamente financiera, ya que pretenden restituir el capital invertido por el empresario en la adquisición del activo fijo. Desde la ciencia económica, y más concretamente los estudiosos de la economía financiera y de la contabilidad, han venido diferenciando aquellas partidas que se consideran fuentes de fondos, en el sentido de que proporcionan recursos a la empresa para ejercer su actividad, y aquellas otras que se presentan como aplicaciones de fondos, toda vez que destinan los recursos financieros generados por las primeras bien al incremento del activo de la empresa o bien a la disminución de su pasivo¹⁵. En el primer grupo se incluirían, entre otras, las amortizaciones del inmovilizado, mientras que en el segundo podrían encuadrarse las compras de inversiones o de activos fijos. Ambos ejemplos se complementan entre sí, ya que las amortizaciones contribuyen a generar los medios financieros que permiten la adquisición o reposición de los activos fijos y, a su vez, la compra de estos últimos determina el empleo de los recursos creados por las amortizaciones.

En suma, cuando las amortizaciones se practican sobre el coste histórico de los activos (precio de adquisición o coste de producción), como suele ser lo habitual, se consigue un importante efecto financiero: generar los recursos suficientes para recuperar el importe destinado a la compra de los bienes de inversión. Al practicarse la amortización sobre el coste de adquisición, lo que en realidad se consigue es distribuir ese coste en varios ejercicios económicos. Ahora bien, para que la amortización cumpla su función financiera no basta con la dotación periódica en contabilidad del importe equivalente a la depreciación del activo. En efecto, será preciso además que el proceso de producción y distribución de los bienes o servicios ofertados por la empresa en el mercado concluya con la transformación del inmovilizado en circulante, es decir, en el capital líquido procedente de la venta de bienes o prestaciones de servicios pues, como indica ANDRÉS AUCEJO, será una parte de ese capital líquido el que «representará la recuperación parcial del activo fijo que va depreciándose»¹⁶.

De todos modos, aun cuando la finalidad financiera de la amortización sea la de garantizar la reposición del activo usado por otro elemento patrimonial nuevo, lo cierto es que este último puede

¹⁵ Vid. PISÓN FERNÁNDEZ, I.: *El control de gestión en las pequeñas y medianas empresas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1983, págs. 113-114.

¹⁶ Vid. *La amortización del inmovilizado material: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., pág. 109.

tener un coste más elevado que el del bien depreciado. Este efecto puede ser debido no solo a la inflación sino también al aumento del precio de los bienes del activo fijo, y la solución aquí podría pasar por calcular la amortización sobre el coste previsible de reposición y no sobre el precio de adquisición, solución que entraña serios riesgos en cuanto a la excesiva flexibilidad o indefinición que comporta la determinación del valor de reposición al tiempo de adquirirse el activo amortizable.

Por lo demás, existe una circunstancia de vital importancia para las Pymes, especialmente en los primeros años de vida útil de los activos amortizables. Me refiero al hecho de que resulta muy habitual que en esos primeros años los bienes apenas sufran desgaste y, por lo tanto, las necesidades de reposición de los mismos son muy limitadas. Ello provoca que, como las amortizaciones se practican de forma sistemática atendiendo a la vida útil de los elementos patrimoniales, en esos primeros años las cuotas de amortización tienden a ser superiores a las necesidades financieras de reposición, existiendo una diferencia monetaria adicional que, en el caso de las Pymes, podría canalizarse a financiar el aumento de la capacidad productiva de la empresa y no a sufragar costes de mero mantenimiento¹⁷. Es aquí donde se plantean distintas alternativas acerca del empleo del capital líquido que, por medio de las amortizaciones, resulta de la transformación del inmovilizado en circulante. A tal efecto, siguiendo a ANDRÉS AUCEJO, cabría diferenciar las siguientes opciones: a) Materializar de forma inmediata los fondos líquidos generados por la amortización bien en gastos de explotación o bien en el activo fijo o material de la empresa. En ambos casos, se corre el riesgo de no disponer de los recursos suficientes llegado el momento de reponer los elementos patrimoniales objeto de la amortización. b) Mantener en forma dineraria los recursos detraídos de la amortización hasta el momento de la reposición del elemento patrimonial. En este supuesto se evita el riesgo del caso anterior, aunque surge el inconveniente de que tales recursos sufrirán una erosión monetaria por efecto de la inflación. c) Por último, si los bienes objeto de amortización han sido adquiridos con financiación ajena, cabría destinar la cuota líquida generada por la amortización a pagar los créditos obtenidos en dicha financiación¹⁸. Con las ventajas e inconvenientes propios de cada fórmula, lo cierto es que, en cualquiera de las tres hipótesis planteadas, las amortizaciones contribuyen a reforzar la estructura financiera o patrimonial de las Pymes, al tiempo que abren distintas vías de financiación destinadas a la adquisición de elementos del inmovilizado material y del intangible.

Por otra parte, al margen de la depreciación que sufren los bienes amortizables por su normal funcionamiento, uso o disfrute (depreciación funcional), también existe una depreciación técnica u obsolescencia. En este caso, los activos patrimoniales de la empresa se deprecian antes de su efectiva inutilización material, y ello como consecuencia de las innovaciones o avances tecnológicos que exigen su sustitución. Por consiguiente, en este caso la pérdida de valor del bien de inversión viene motivada más por su merma de competitividad como factor productivo de la empresa que por su capacidad de funcionamiento para generar nuevos recursos, la cual puede seguir intacta.

¿Qué soluciones puede adoptar el ordenamiento tributario ante la circunstancia de que un bien, con una vida útil o funcional mayor, devenga inutilizado por la aparición de nuevos avances cientí-

¹⁷ Vid. PÉREZ DE AYALA, J.L.: «La amortización y la revaloración de activos en el cuadro del desarrollo económico», en VV.AA.: *XX Años de Actividad del Centro de Estudios Tributarios y Económicos*, Madrid, 1981, pág. 152; y GARCÍA NOVOA, C.: *Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., pág. 57.

¹⁸ Vid. *La amortización del inmovilizado material: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., págs. 109-110.

ficos o tecnológicos que aconsejan su renovación o sustitución? En la doctrina se han identificado, básicamente, dos alternativas ¹⁹.

- 1.^a Considerar como una pérdida patrimonial el valor residual del bien que, por necesidades tecnológicas, ha de ser repuesto. Esta solución puede apoyarse en dos argumentos. En primer lugar, cabe entender que no se está ante un coste económico del proceso productivo de la empresa, ya que procede de causas extrínsecas a la actividad empresarial. Por otro lado, parece lógico defender que toda cantidad invertida que no haya podido deducirse como gasto sea computada como una pérdida de capital, lo que en último término permite calificarla como un gasto extraordinario.
- 2.^a Permitir una deducción en la base imponible, en concepto de amortización, por una cuantía superior a la depreciación efectiva física y funcional del bien ²⁰.

Pues bien, al margen de la enorme dificultad que comportaría el cálculo de la parte correspondiente a la denominada «depreciación técnica», y ello al desconocerse la eventual aparición futura de innovaciones tecnológicas que desechen o inutilicen el bien amortizado, ese exceso de amortización sobre la depreciación física o funcional nos conduce a hablar de los supuestos excepcionales de libertad de amortización y amortización acelerada, de extraordinaria importancia en las Pymes con fines de fomento de la inversión productiva.

1.3. La amortización como beneficio fiscal

Desde esta perspectiva, las amortizaciones pueden jugar un papel decisivo en la política fiscal que los poderes públicos pretendan aplicar a las Pymes.

En síntesis, las amortizaciones como beneficio fiscal pueden desplegar efectos, al menos, en una doble dirección: a) Como medida de autofinanciación, al permitir el diferimiento o aplazamiento gratuito en el pago del IS. b) Como incentivo fiscal a la inversión y al empleo.

De ambas vertientes nos vamos a ocupar en los apartados siguientes.

2. El favorable efecto financiero conseguido con el diferimiento del Impuesto sobre Sociedades

En realidad, las amortizaciones libres y aceleradas permitidas por la normativa tributaria española constituyen una clara excepción a la norma de valoración 2.^a del PGC-2007 pues, desde la óptica contable, las amortizaciones habrán de establecerse de manera sistemática y racional en función de la vida útil de los bienes y de su valor residual, atendiendo a la depreciación que normalmente sufran por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar también la obsolescencia

¹⁹ Vid. por todos GARCÍA NOVOA, C.: *Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., págs. 58-59.

²⁰ Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades...*, ob. cit., pág. 59.

técnica o comercial que pudiera afectarlos. Ello implica, como aspecto colateral, que las amortizaciones libres y aceleradas neutralizan los efectos del principio de inscripción contable consagrado en el artículo 19.3 del TRLIS, a tenor del cual, «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». En otras palabras, se permite que las empresas de reducida dimensión puedan deducir como gasto fiscal del ejercicio el exceso de amortización libremente practicada o el derivado del incremento de los coeficientes de amortización lineal máximos que no ha recibido el correspondiente reflejo contable.

En la práctica, ello supone que los elementos patrimoniales son amortizados fiscalmente en un plazo de tiempo inferior al periodo en que se practica su amortización sistemática ordenada por la norma contable. Y de cara a determinar la base imponible del tributo, será preciso realizar un ajuste negativo sobre el resultado contable por la diferencia entre la cuantía de la amortización fiscal y el monto a que ascienda la amortización contable, con lo que la base imponible se minorará en la citada diferencia. Ahora bien, a partir del periodo impositivo en que el elemento patrimonial se halle totalmente amortizado a efectos tributarios –como consecuencia de las amortizaciones libres o, en su caso, aceleradas previamente dotadas–, será preciso efectuar el oportuno ajuste positivo a fin de incrementar la base imponible en la cuantía de la amortización dotada contablemente para ese ejercicio económico, reiterándose esta operación en los periodos impositivos siguientes hasta que se complete la amortización contable del bien.

Así pues, el beneficio fiscal que conlleva para el empresario la utilización de amortizaciones fiscales libres o aceleradas redunda en una efectiva disminución de la base imponible del IS durante el primer o primeros años de vida útil del bien que se amortiza, disminución que se compensa con un mayor incremento de aquella en los años previos a la baja contable de dicho elemento patrimonial. En suma, lo que finalmente consigue el sujeto pasivo es una financiación gratuita otorgada por el Estado en forma de aplazamiento en el pago del tributo para ejercicios futuros, sin que ello le comporte el abono de intereses de demora. Esa especie de préstamo gratuito concedido por el Estado representa una cuantía equivalente al importe de la cuota íntegra no ingresada por el sujeto pasivo y derivada del exceso de gasto fiscal computado por razón de la amortización libre o acelerada²¹. Ese remanente positivo que el sujeto pasivo deja de ingresar en el Tesoro, al menos provisionalmente, puede permitirle financiar la adquisición de nuevos elementos patrimoniales, fomentando así la inversión productiva en bienes de equipo, o en su caso la contratación de nuevos trabajadores, contribuyendo de esta forma al aumento del empleo.

Así las cosas, las amortizaciones libres y aceleradas estarían introduciendo un claro componente «extrafiscal» en el IS. Baste recordar ahora que los fines extrafiscales de los tributos han venido recibiendo el continuo respaldo del Tribunal Constitucional español desde la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo (NFJ000269), pues de lo que se trata es de conjugar y compatibilizar la finalidad esencial de los tributos, consistente en procurar recursos públicos gravando manifestaciones efectivas de capacidad económica, con la protección de otros fines y valores consagrados en la Carta Magna, como son los principios rectores de la política social y económica, entre los que el

²¹ Vid. LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A.: «Empresas de reducida dimensión», en VV.AA.: *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia, 1996, pág. 927.

artículo 40 de la Constitución cita el progreso social y económico así como la necesidad de adoptar medidas que fomenten el pleno empleo ²².

Sin duda, el caso más palmario en el que se aprecia la vertiente extrafiscal a la que nos estamos refiriendo lo constituye la libertad de amortización en la cual, de forma excepcional, se obvia por completo a efectos tributarios la distribución del coste efectivo del activo patrimonial a lo largo del periodo que abarca su vida útil y, al tiempo, se le otorga al sujeto pasivo del tributo un derecho a deducción en la base imponible cuyo único límite cuantitativo es el precio de adquisición de dicho elemento patrimonial. En este sentido, a efectos de cómputo del gasto fiscalmente deducible, el tratamiento tributario otorgado a la compra de un bien de inversión sería el mismo que el dispensado a la adquisición o consumo de materias de primas o circulante. Sin perjuicio de que dicha práctica pueda encontrar un apoyo más o menos loable en fines extrafiscales de política económica, con fundamento último a su vez en determinados principios constitucionales, lo cierto es que la libertad de amortización subvierte todo método de cálculo de la base imponible presidido por la idea de gravar la renta neta efectivamente obtenida por la empresa, ya que permite anticipar un coste o gasto que ni se ha devengado ni se ha hecho efectivo, por lo que podría quedar en entredicho la capacidad contributiva real del sujeto pasivo. De ahí que no falten autores que afirmen que la libertad de amortización no es, en realidad, una auténtica técnica de amortización, y ello porque al no medir la verdadera depreciación experimentada por los bienes del activo no está computando un gasto fiscal acorde con su efectivo desgaste físico o funcional ²³.

No obstante, las posibles objeciones a la consideración de la libertad de amortización como mecanismo de erosión de la base imponible, y por lo tanto como eventual elemento atentatorio de la capacidad económica real del sujeto pasivo, quedan salvadas por el hecho de que su principal consecuencia práctica no consiste en disminuir la carga tributaria con carácter definitivo sino solo con efectos temporales ya que, como hemos explicado, contablemente el activo patrimonial continuará amortizándose hasta el final de su vida útil. Al anticiparse la deducción, simplemente se consigue aplazar el pago del impuesto, pero la menor cuota tributaria pagada en un determinado ejercicio económico, generalmente aquel en el que el bien se incorpora al activo de la empresa, se compensa con la mayor deuda que se devengará en los periodos impositivos futuros. Si a ello le añadimos que la mayor liquidez inicial conseguida por la empresa, como consecuencia de un menor pago del IS, puede condicionarla el legislador a un destino vinculado a la inversión o al empleo (art. 40 CE), queda fuera de toda duda la cobertura constitucional de la libertad de amortización.

Ahora bien, para que la amortización alcance esa genérica finalidad financiera de diferimiento del IS, al menos en el Derecho español, han de concurrir otras dos premisas: 1.^a Desde el punto de vista tributario, el empresario deberá estar legitimado por la norma fiscal para poder aplicar amortizaciones libres o aceleradas. En un plano de estricta legalidad, y puesto que el empleo de dichas técnicas de amortización incide de manera directa en la determinación de la renta empresarial sometida a gravamen, exigencias derivadas del principio de capacidad económica compelen a que aquellas técnicas necesariamente habrán de estar contempladas en normas con rango de ley y, con el objeto

²² Vid. PITA GRANDAL, A.M.^a: «Concepto de empresa familiar», en PITA GRANDAL, A.M.^a (dir.): *Cuestiones tributarias de la empresa familiar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 30-32.

²³ Vid. ORTIZ CALLE, E.: *El régimen jurídico tributario de las amortizaciones...*, ob. cit., págs. 17-18.

de amparar su vertiente extrafiscal, vinculadas a principios o fines con expresa cobertura constitucional. 2.^a Desde el punto de vista de la vinculación contabilidad-fiscalidad, debe existir un enlace preciso y directo en el seno de la base imponible entre la amortización como gasto contable y la amortización libre o acelerada como gasto fiscal. En el caso español, esta conexión se hace posible a través del mecanismo de cálculo previo y ajustes posteriores previsto en el artículo 10.3 del TRLIS, el cual ordena partir del resultado contable para, seguidamente, practicar sobre el mismo las oportunas correcciones que estipula la normativa específica del tributo.

De hecho, los motivos de ajuste o corrección que las normas fiscales introducen en los criterios y normas de la contabilidad mercantil cabe circunscribirlos a tres posibles: a) Distinta calificación y cuantificación de ingresos y gastos. b) Distinta imputación temporal de ingresos y gastos. c) Distinta valoración de activos, pasivos y otros elementos patrimoniales de la empresa.

Por lo demás, si se atiende a las consecuencias presentes y futuras de los ajustes que la norma tributaria ordena efectuar sobre el resultado que arroja la cuenta de pérdidas y ganancias, cabe distinguir entre diferencias permanentes y diferencias temporarias. En las primeras, el ajuste de signo positivo o negativo que se practica en un determinado periodo impositivo no va a provocar en los ejercicios futuros ajustes de signo contrario. Como señala PÉREZ ROYO, «podríamos decir que son diferencias conceptuales, relativas al concepto o calificación de ingresos y gastos y que, por tanto, permanecen en el tiempo»²⁴. Por el contrario, las diferencias temporarias generan un ajuste positivo o negativo que, en el futuro, revierte en otro ajuste de efecto inverso. En estas segundas, las discrepancias entre la contabilidad y la fiscalidad no son tanto de naturaleza conceptual o de calificación sino que, más bien, afectan a cuestiones de cuantificación, valoración o imputación temporal de ingresos y gastos.

Combinando las dos clasificaciones expuestas, cabe inferir que las correcciones o ajustes que sea menester practicar sobre la contabilidad mercantil a raíz de la procedencia de amortizaciones libres o aceleradas permitidas por la normativa del IS son debidos, en primer lugar, a la distinta cuantificación de dicho gasto a efectos contables y a efectos tributarios y, en segundo lugar, a la existencia de diferencias temporarias que, como tales, revierten sus efectos en periodos impositivos futuros.

3. Los incentivos a la inversión y al empleo generados por las amortizaciones libres y aceleradas

3.1. Amortizaciones libres condicionadas a la creación de empleo por la empresa de reducida dimensión y a la realización por esta de inversiones de escaso valor

A continuación vamos a centrarnos en los beneficios fiscales específicos que contempla el Capítulo XII del Título VII del TRLIS para las empresas de reducida dimensión, no sin antes advertir que no es pretensión abordar en este momento un estudio exhaustivo de todos y cada uno de los requisitos que rodean su aplicación, ya que desbordaría los límites permitidos para un trabajo de estas

²⁴ Vid. PÉREZ ROYO, I.: «El Impuesto sobre Sociedades (I)», en PÉREZ ROYO, F. (dir.): *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2008, págs. 340-341.

características, por lo que nos remitimos a otros estudios previos en los que nos hemos ocupado más en detalle sobre dichos aspectos ²⁵.

Pues bien, además de los artículos 109 y 110 del TRLIS que regulan, respectivamente, la libertad de amortización vinculada al incremento de la plantilla de la empresa y la libertad de amortización para inversiones de escaso valor, existen otros preceptos que se ocupan de dicha figura pero desligándola de las empresas de reducida dimensión. Es el caso del artículo 11.2 del mismo cuerpo legal, el cual también prevé la posible utilización de las amortizaciones libres para los activos patrimoniales de determinadas entidades (por ejemplo, sociedades anónimas o limitadas laborales, explotaciones agrarias prioritarias, etc.) o para elementos del inmovilizado material e intangible ligados a fines de investigación y desarrollo. Lo mismo cabe decir del caso previsto en el artículo 33.2 de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, que concede la libertad de amortización, con determinados requisitos, a las cooperativas protegidas.

En consecuencia, la libertad de amortización no constituye un beneficio tributario previsto en exclusiva por el ordenamiento para las empresas de reducida dimensión sino que, lejos de ello, existe otro tipo de entidades que, cualquiera que sea su cifra neta de negocios, bien por razón de las actividades que acometen (investigación y desarrollo, explotación de activos mineros, etc.) o bien por razón de la forma jurídica que adoptan (sociedades anónimas laborales, cooperativas protegidas, etc.) pueden acogerse a tan singular instrumento de diferimiento del IS.

En todos los supuestos citados, las amortizaciones libres funcionan a modo de mecanismos susceptibles de impulsar en el contribuyente conductas beneficiosas para el entorno socioeconómico (estímulo a la inversión productiva y a la creación de empleo, fomento de figuras societarias relacionadas con la economía social –sociedades anónimas y sociedades limitadas laborales, potenciación de las actividades de I+D, etc.). En suma, cuando los sujetos pasivos del IS hacen un uso correcto de las amortizaciones libres están coadyuvando a la consecución de objetivos de interés general, por lo que, como avanzábamos, dichos mecanismos correctores de la base imponible dotan de fines extrafiscales a los impuestos que gravan los beneficios empresariales.

Además, al hacer uso de la libertad de amortización, la Pyme no se ve obligada a probar la efectividad de la depreciación sufrida por los bienes, ni tampoco se ve atada por el juego de los porcentajes y periodos –máximos y mínimos– de amortización contemplados en las normas fiscales. Dicho de otra manera, cuando el legislador regula la figura de la libertad de amortización, parece sustraer dicho concepto del de depreciación, ya que el valor del elemento patrimonial se va a computar como un gasto fiscalmente deducible de la base imponible en función de una decisión puramente empresarial, al margen de cualquier consideración real o técnica ²⁶. En efecto, el sujeto pasivo del tributo puede elegir libremente el plazo temporal de amortización que más le convenga, el cual puede ser un solo periodo impositivo o más de uno, hipótesis esta última especialmente recomendable cuando la sociedad haya conseguido

²⁵ Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I.: *La determinación de la base imponible en la pequeña y mediana empresa en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, págs. 87-130; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I.: «El desarrollo de la actividad económica por la empresa familiar», en PITA GRANDAL, A.M.^a (dir.): *Cuestiones tributarias de la empresa familiar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, págs. 152-182.

²⁶ Vid. PALLARÉS RODRÍGUEZ, R. y ALMAGRO MARTÍN, C.: «Las pequeñas y medianas empresas en el Impuesto sobre Sociedades», en SÁNCHEZ GALIANA, J.A. (coord.): *Estudio sobre la fiscalidad de las PYMES*, Universidad de Granada, 2004, pág. 351.

reducir a cero la base imponible sin necesidad de practicar la deducción íntegra del bien, por lo que considera oportuno completar la amortización fiscal en los ejercicios futuros ²⁷.

En el caso de la libertad de amortización condicionada a la creación de empleo y mantenimiento de la plantilla incrementada (art. 109 TRLIS), el legislador adopta una importante cautela tendente a evitar un claro desequilibrio entre el volumen de inversión susceptible de amortización libre y el número de trabajadores contratados. En tal sentido, se establece que la cuantía de la inversión que podrá beneficiarse de la libertad de amortización será la que resulte de multiplicar la cifra de 120.000 euros por cada persona de incremento en el promedio de la plantilla, calculado con dos decimales. Se intenta así guardar una cierta proporción entre el factor capital y el factor trabajo, a fin de que ambos contribuyan a incrementar de forma equilibrada la capacidad productiva de la Pyme. Dicho en otras palabras, el legislador pretende evitar que el presupuesto necesario para el disfrute del beneficio tributario descansa exclusivamente en los elementos patrimoniales que pasen a formar parte del inmovilizado, lo que podría provocar una fuerte deducción fiscal con un aumento mínimo en el número de trabajadores al servicio de la empresa.

Si los bienes han sido adquiridos a título oneroso o contruidos por la propia empresa, la cuantía de la inversión se calculará por el precio de adquisición o coste de producción de los bienes. En cambio, si los elementos patrimoniales fueron adquiridos a título gratuito se tomará como precio de adquisición el valor venal de los mismos en el momento de la adquisición.

Hay otra reflexión que nos depara el análisis de la libertad de amortización partiendo de la premisa de que aquella haya sido implementada por el legislador, como así parece, para que actúe como incentivo fiscal destinado, de modo prioritario, a crear o mantener empleo en nuestro país. A tal efecto, cabe preguntarse si podría acogerse a este beneficio tributario una empresa de reducida dimensión que, cumpliendo escrupulosamente todas y cada una de las demás exigencias establecidas en el artículo 109 o, en su caso, en la disposición adicional undécima del TRLIS –a la que luego aludiremos–, efectúa inversiones en activos patrimoniales nuevos tanto dentro como fuera de España pero con el matiz de que el requisito de la creación de empleo o el mantenimiento del existente concurren únicamente en la plantilla que trabaja fuera de España. La Resolución de la Dirección General de Tributos de 15 de junio de 2009 ²⁸ ha entendido que, a tenor del artículo 7.2 del TRLIS, los sujetos pasivos resultarán gravados por la totalidad de la renta que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiese producido y cualquiera que sea la residencia del pagador. En consecuencia, cumpliéndose los requisitos establecidos en el TRLIS, será aplicable la libertad de amortización con independencia de que los elementos objeto de la inversión estén localizados en el extranjero y de que haya personas que prestan sus servicios igualmente en el extranjero, siempre que estos sean empleados en los términos de la legislación laboral española.

Así pues, la tributación en el IS con arreglo al criterio de la renta mundial condiciona, y hasta podríamos decir que limita poderosamente, la finalidad última perseguida por la libertad de amortización, llegando incluso a desvirtuar la verdadera intención del legislador cuando este pretende crear o mantener empleo dentro del territorio español.

²⁷ Vid. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: «Base imponible (II): amortizaciones y régimen especial del arrendamiento financiero», en RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. (dir.): *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 117.

²⁸ Vid. Consulta número V1388/2009 (NFC033712).

Por último, si la empresa de reducida dimensión acomete inversiones de escaso valor, aunque no cree empleo nuevo o no mantenga el existente, puede acogerse al incentivo fiscal del artículo 110 del TRLIS, debiendo cumplir aquí dos requisitos de índole cuantitativa: 1.º El valor unitario de cada uno de los bienes adquiridos del inmovilizado material nuevos no podrá exceder de 601,01 euros. Ello determina que, si el precio de adquisición del activo supera el importe de 601,01 euros, ni siquiera será posible la amortización libre hasta dicha cantidad y la aplicación de otros criterios de amortización por el exceso. 2.º El límite máximo de inversión amortizable por este concepto en cada ejercicio económico asciende a 12.020,24 euros.

3.2. *Amortizaciones aceleradas*

El artículo 111 del TRLIS permite una amortización acelerada a efectos fiscales de los bienes nuevos del inmovilizado material, inversiones inmobiliarias, así como de elementos del inmovilizado intangible, puestos a disposición del sujeto pasivo en el periodo impositivo en que cumpla las condiciones para ser considerado como empresa de reducida dimensión.

Además de los bienes adquiridos directamente por la propia empresa, y al igual que sucede en el artículo 109, también aquí pueden someterse a la amortización acelerada otros dos tipos de inversiones: a) Los elementos encargados en virtud de un contrato de ejecución de obra suscrito en un periodo impositivo en que la empresa sea de reducida dimensión, siempre que su puesta a disposición se produzca dentro de los 12 meses siguientes a la conclusión de dicho ejercicio económico. b) Los elementos del inmovilizado, tanto material como intangible, así como de las inversiones inmobiliarias, construidos o producidos por la propia empresa, siempre que la conclusión de los trabajos tenga lugar en un periodo impositivo en que la empresa sea de reducida dimensión.

El artículo 111 del TRLIS guarda silencio sobre la posibilidad de que los bienes del inmovilizado material puedan amortizarse de forma acelerada cuando sean adquiridos en virtud de un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra. Sin embargo, esta hipótesis debe admitirse como válida siempre que el contrato celebrado no reúna las condiciones del artículo 115 del TRLIS pero sí encaje en las exigencias de su artículo 11.3, precepto este último donde se permite reflejar como gasto deducible en la base imponible del cesionario del bien una cantidad equivalente a la amortización máxima que corresponda al activo patrimonial dentro del tiempo de duración de la cesión, multiplicada por 2, en conjunción con lo dispuesto por el artículo 111.

Por lo que atañe a la cuantía de amortización máxima fiscalmente admisible es menester diferenciar, de un lado, los bienes del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias, y, de otro, los activos del inmovilizado intangible. En el primer caso, la dotación será la que resulte de multiplicar por 2 el coeficiente de amortización lineal máximo previsto en las tablas de amortización oficialmente aprobadas. Por su parte, los elementos patrimoniales del inmovilizado intangible podrán ser amortizados en un 150 por 100 sobre la amortización permitida por los artículos 11.4 y 12.6. En la práctica, la aceleración determina una reducción considerable del periodo mínimo de tiempo dentro del cual el bien queda totalmente amortizado a efectos tributarios y, por ende, un importante ahorro fiscal durante los periodos impositivos en que la amortización acelerada supera a la contable.

Por su parte, el artículo 113 del TRLIS contempla otra modalidad de amortización acelerada, pero en este caso pensada exclusivamente para elementos patrimoniales objeto de reinversión, cuyo contenido podemos resumir como sigue:

- 1.º El presupuesto básico para el disfrute del beneficio fiscal consiste en la transmisión a título oneroso de elementos del inmovilizado material y de inversiones inmobiliarias afectas a explotaciones económicas. Así pues, se excluyen del ámbito de este beneficio tributario las enajenaciones de activos intangibles lo cual, a nuestro entender, resulta de todo punto injustificado, máxime si se compara esta situación con la regulada por el artículo 42 del TRLIS, al que por cierto se remite el apartado 1 del precepto que ahora nos ocupa. También quedan excluidos aquellos elementos patrimoniales que, perteneciendo a la empresa, no se encuentren afectos a su actividad económica, como sería el caso de los que figuran cedidos a terceros para su uso.
- 2.º En el periodo impositivo en que el sujeto pasivo cumpla los requisitos del artículo 108 del TRLIS para ser considerado como «empresa de reducida dimensión», el importe total de lo obtenido en la transmisión onerosa deberá reinvertirse en otros elementos del inmovilizado material cuyo destino será, asimismo, la explotación económica de la empresa. A diferencia del supuesto regulado en el artículo 111 del TRLIS, en este caso no es preciso que los elementos en los que se materialice la reinversión sean nuevos, aunque tras su adquisición sí deben quedar afectos a la actividad económica propia de la empresa.
- 3.º Desde el punto de vista temporal, la reinversión deberá realizarse dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de entrega o puesta a disposición del elemento patrimonial enajenado y los tres años posteriores o, excepcionalmente, de acuerdo con un plan especial de reinversión aprobado por la Administración tributaria a propuesta del sujeto pasivo. A estos efectos, la reinversión se entenderá efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que aquella se materialice.

El incentivo fiscal regulado en el artículo 113 del TRLIS consiste en la posibilidad de amortizar los bienes que sean objeto de reinversión aplicándoles el coeficiente que resulte de multiplicar por 3 el coeficiente de amortización lineal máximo, previsto en las tablas de amortización oficialmente aprobadas. Aun cuando el mencionado precepto exige para el disfrute del beneficio tributario la reinversión del «importe obtenido en la transmisión», no obstante, su apartado 2 contempla la hipótesis de que la cantidad reinvertida sea superior o inferior a dicho importe, en cuyo caso la amortización acelerada también está permitida solo que incidirá exclusivamente sobre el importe de la transmisión que, en efecto, se reinvierta.

Por otra parte, en aquellos supuestos en que la reinversión tenga por objeto elementos patrimoniales nuevos, cabe entender que el exceso de cantidad reinvertida sobre el importe obtenido en la transmisión onerosa podrá someterse bien a la amortización libre del artículo 109 del TRLIS, si además se cumplen los demás requisitos previstos en el apartado 1 de este mismo precepto, o bien a la amortización acelerada del artículo 111.

Finalmente, el artículo 113 omite cualquier referencia a la posible exigencia de un plazo mínimo de permanencia del bien objeto de la reinversión en el patrimonio del sujeto pasivo. Lógicamen-

te, si el incentivo fiscal se aplica conjuntamente con la deducción prevista en el artículo 42, el elemento patrimonial deberá permanecer en el patrimonio –salvo pérdida justificada– hasta que se cumpla el plazo de cinco años, o de tres años si se trata de bienes muebles, excepto si su vida útil conforme al método de amortización de los admitidos en el artículo 11, que se aplique, fuese inferior.

4. La utilización de las amortizaciones como instrumento de política fiscal frente a la crisis económica

El actual contexto de crisis económica y financiera ha obligado al legislador a utilizar todos los resortes jurídicos permitidos por el Estado de Derecho para, primero, frenar sus devastadores efectos en el tejido productivo y en el empleo y, segundo, invertir la tendencia de cara a revitalizar el crecimiento de la economía. Pues bien, en esta línea, es de destacar el importante juego que hasta el momento le ha brindado al Estado el recurrente empleo de la libertad de amortización como instrumento jurídico al servicio de tales objetivos. Decimos que su uso ha sido recurrente porque, en vista de la creciente gravedad de la situación socio-laboral y del progresivo deterioro de los indicadores económicos, el poder legislativo ha utilizado dicho mecanismo en dos ocasiones, las cuales por otra parte denotan –como vamos a ver– un paulatino relajamiento de los requisitos exigidos para su aplicación y, lo que es más llamativo, una palmaria pérdida de sustantividad de la libertad de amortización como beneficio fiscal exclusivo de la Pyme.

4.1. Primera etapa: la libertad de amortización vinculada al mantenimiento de la plantilla de la empresa

En esta primera etapa, que se inicia a partir del 1 de enero de 2009, el legislador estatal opta por expandir el ámbito subjetivo de la libertad de amortización pero, con un importante matiz, y es que ahora ya no se trata de condicionar su aplicación al requisito de la creación de empleo, como sí se exige en el artículo 109 del TRLIS, sino al mantenimiento de la plantilla ya existente en la empresa. Dicho de otra manera, como medida anticrisis, la libertad de amortización pasa a convertirse en un mecanismo de política económica por medio del cual el Estado no pretende tanto crear empleo nuevo cuanto más bien frenar el aumento del desempleo.

En este sentido, y con efectos desde el 1 de enero de 2009, la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, añade una disposición adicional undécima al TRLIS cuyo apartado 1.º dispone lo siguiente: «Las inversiones en elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas, puestos a disposición del sujeto pasivo en los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2009 y 2010, podrán ser amortizados libremente siempre que, durante los 24 meses siguientes a la fecha de inicio del periodo impositivo en que los elementos adquiridos entren en funcionamiento, la plantilla media total de la entidad se mantenga respecto de la plantilla media de los 12 meses anteriores». Por su parte, el artículo 6 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, amplió la vigencia de la libertad de amortización a los periodos impositivos iniciados en los años 2011 y 2012.

Como puede apreciarse, la efectividad de la medida queda limitada a las inversiones acometidas por las empresas en activos nuevos del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias rea-

lizadas, exclusivamente, en los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2009, 2010, 2011 y 2012 lo que denota una clara vocación de temporalidad o transitoriedad. Sin embargo, la efectividad de la medida desde el punto de vista laboral no se ciñe a dicho periodo cuatrienal, ya que la obligación a cargo del empresario de mantener la plantilla media de trabajadores puede extenderse al año 2012 pero también a 2013 dependiendo de si los elementos patrimoniales han entrado en funcionamiento, respectivamente, en 2011 o 2012 ²⁹. Además se establece un requisito adicional que, por el contrario, no existe en el artículo 109 del TRLIS, a saber, que los elementos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias habrán de estar «afectos a actividades económicas». Dicha exigencia tiene más que ver con la situación funcional de los activos dentro de la estructura productiva de la empresa que con su faceta estrictamente formal o patrimonial, y ello en un claro intento de la norma fiscal por aproximarse al nuevo criterio contable de preeminencia de la sustancia económica sobre la forma.

También debe destacarse que este incentivo fiscal creado por la Ley 4/2008 proporciona a las empresas de reducida dimensión una economía de opción, en la medida en que podrán elegir entre crear empleo nuevo y acogerse a la libertad de amortización prevista específicamente para ellas en el artículo 109 del TRLIS, cumpliendo evidentemente todos y cada uno de los requisitos de este precepto, o bien decantarse por mantener el empleo ya existente al tiempo que efectúan la inversión en activos patrimoniales nuevos –por cierto, sin necesidad de respetar un importe inversor unitario máximo como exige el art. 110 del TRLIS–, optando en este segundo caso por la amortización libre de la disposición adicional undécima del TRLIS prevista para todo tipo de empresas. En ambos casos, los elementos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias deben ser nuevos, y la libertad de amortización puede aplicarse desde la entrada en funcionamiento de los mismos, detalle este último de indudable interés ya que puede haber supuestos en los que el bien se adquiere en un determinado periodo impositivo pero no entra en funcionamiento hasta el siguiente. Para poder acogerse a la libertad de amortización, tampoco tiene importancia el momento y forma de pago de los bienes adquiridos. En efecto, lo determinante es que se materialice la inversión (corriente real) cualquiera que sea su forma de financiación o pago (corriente financiera); de ahí que también se admita como válida aquella inversión financiada mediante contratos de arrendamiento financiero que cumplan los requisitos del artículo 115 del TRLIS.

Atendiendo a la economía de opción que se les plantea a las empresas de reducida dimensión en tiempos de recesión económica, es más que probable que dichas entidades se decanten por el beneficio fiscal de la mencionada disposición adicional undécima, y ello porque, al margen de que en términos laborales ese incentivo tributario es más fácilmente asumible que el del artículo 109 –en tanto que su razón de ser parte de la idea de frenar la caída del empleo y no de crear empleo nuevo–, este último precepto le plantea a las Pymes un mayor nivel de compromiso inversor en activos patrimoniales nuevos, toda vez que por cada tramo de 120.000 euros susceptible de amortización libre será preciso crear y consolidar un puesto de trabajo (incremento neto de plantilla), y esto es algo que no se exige para aplicar la libertad de amortización condicionada al mantenimiento del empleo según la disposición adicional undécima del TRLIS. Además, conviene observar que esta norma no solo está

²⁹ Incluso es posible que el citado compromiso laboral del sujeto pasivo del IS pueda alcanzar al año 2014, lo que ocurriría si el elemento patrimonial objeto de la libertad de amortización se pone a disposición del empresario en 2012 pero no entra en funcionamiento hasta 2013, pues sería en los 24 meses siguientes al inicio de este último periodo impositivo cuando estaría vigente la obligación legal de la entidad de mantener la plantilla media respecto a los 12 meses anteriores.

destinada a las empresas de reducida dimensión sino que también se dirige a los sujetos pasivos del IS cuyo importe neto de cifra negocios rebase el fijado en el artículo 108 del TRLIS, es decir, a las grandes empresas. Por consiguiente, no es una medida paliativa de lucha contra el desempleo pensada exclusivamente para las Pymes societarias, ya que abarca a los demás contribuyentes del IS, y esto es algo verdaderamente novedoso para las grandes empresas, las cuales tenían vetada la aplicación de la libertad de amortización salvo en los excepcionales casos en que su utilización viniese admitida por el artículo 11.2 del TRLIS o por la Ley 20/1990.

La constatación anterior nos lleva a sostener que los artículos 109 y 110 del TRLIS, que eran dos de las grandes señas de identidad del régimen especial de las empresas de reducida dimensión, han quedado de facto vacíos de contenido, al convertirse en incentivos fiscales cuya eventual utilización por las Pymes se verá claramente desplazada por la libertad de amortización –más flexible– prevista en la disposición adicional undécima del TRLIS.

Finalmente, existe otro aspecto que también merece ser destacado desde el punto de vista del ámbito subjetivo del beneficio fiscal que nos ocupa. La libertad de amortización regulada conforme a la redacción originaria de dicha disposición adicional undécima no resulta aplicable, en cambio, a los sujetos pasivos del IRPF que desarrollen actividades económicas, ni aun en el caso de que determinen su rendimiento neto por el régimen de estimación directa normal, pues ni el TRLIS contempla tal posibilidad –la norma legal se refiere a «entidad» y a «sujetos pasivos» en el bien entendido que se refiere exclusivamente a contribuyentes del IS– ni tampoco existe una remisión expresa a dicho cuerpo legal por la LIRPF, como sí hace esta última –por ejemplo– en su artículo 28.1 al referirse al cómputo del importe neto de cifra de negocios cuando el empresario individual desarrolla varias actividades económicas. Desde esta perspectiva, no está justificada la introducción por la Ley 4/2008 de una medida de discriminación positiva a favor exclusivamente de las empresas societarias, dejando fuera de su alcance a los empresarios individuales y, más en concreto, a los sujetos pasivos del IRPF que tributan en la estimación directa normal, respecto a los cuales ninguna dificultad técnica plantea en términos de obligaciones contables y registrales la aplicación de la libertad de amortización, como lo atestigua el hecho de que sí puedan aprovecharse de las previstas en los artículos 109 y 110 del TRLIS.

4.2. Segunda etapa: la libertad de amortización vinculada exclusivamente a inversiones nuevas afectas a la actividad económica de la empresa

La segunda etapa se inicia con la nueva redacción de la disposición adicional undécima del TRLIS por virtud del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, el cual entra en vigor ese mismo día, aunque algunas de sus disposiciones comienzan a desplegar efectos a partir del 1 de enero de 2011. Las novedades de esta norma, en lo que atañe al tema que nos ocupa, afectan al IS y al IRPF.

En lo que se refiere al primero, la libertad de amortización regulada en la mencionada disposición adicional undécima amplía su vigencia temporal tres años más, por lo que también resultará aplicable a los periodos impositivos iniciados por el sujeto pasivo en los años 2013, 2014 y 2015. Por consiguiente, lo que comenzó siendo una medida excepcional y coyuntural termina por convertirse en un beneficio fiscal dotado de cierta estabilidad a medio plazo.

Sin embargo, el aspecto más llamativo es que el Real Decreto-Ley 13/2010 elimina uno de los principales requisitos vinculados a la libertad de amortización, a saber, el mantenimiento del empleo por el empresario. No cabe duda de que el legislador se ha visto superado por la fuerza de los hechos, y ante la evidencia de que la redacción originaria de la disposición adicional undécima no contribuía a paliar el continuo incremento del desempleo y tampoco incentivaba la inversión en bienes de equipo, al venir esta última anudada al mantenimiento de la plantilla, optó por eliminar este requisito. De este modo, la libertad de amortización se convierte en un beneficio tributario vinculado a la única exigencia sustantiva sin la cual la amortización carece de fundamento técnico-jurídico, a saber, la entrada en el activo de la empresa de un bien de uso o consumo duradero. Ello certifica la paulatina pérdida de valor jurídico de la libertad de amortización como instrumento financiero-fiscal al servicio de la creación de empleo por las Pymes, tal y como en efecto había sido diseñada hace tres lustros cuando el legislador perfiló el régimen especial de las empresas de reducida dimensión.

Por su parte, el Real Decreto-Ley 13/2010 corrigió la grave distorsión en el IRPF que hemos advertido más arriba y, con efectos desde 1 de enero de 2011, añade una disposición adicional trigésima a la Ley 35/2006, conforme a la cual los contribuyentes de dicho tributo podrán aplicar la libertad de amortización prevista en la tantas veces citada disposición adicional undécima del TRLIS, con el límite del rendimiento neto positivo de la actividad económica a la que se afecten los elementos patrimoniales previo a la deducción por este concepto y, en su caso, a la minoración que deriva de lo señalado en el artículo 30.2.4.^a de la LIRPF (gastos deducibles específicos en estimación directa simplificada). La referencia a este último precepto induce a pensar que la nueva libertad de amortización afectará a los sujetos pasivos del IRPF que determinen los rendimientos netos de su actividad económica por cualquiera de las dos modalidades de estimación directa (normal o simplificada), pero no a quienes tributen en la estimación objetiva por signos, índices o módulos. No plantea ningún problema de articulación técnica la aplicación de la citada medida a los contribuyentes en estimación directa normal, pero lo que parece evidente es que su posible utilización por aquellos que estén acogidos a la estimación directa simplificada les impedirá emplear uno de los mecanismos propios de cómputo de gasto de esta modalidad, a saber, el método de amortización lineal según tablas específicas aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, pues es evidente que ambos métodos de amortización resultan incompatibles sobre un mismo elemento patrimonial.

III. DOTACIÓN GLOBAL A LA PROVISIÓN POR INSOLVENCIAS DE DEUDORES

El régimen general del IS no admite la posibilidad de dotar una cantidad global de provisión por insolvencias sobre el saldo final de las cuentas de clientes y deudores. Lejos de ello, las dotaciones para la cobertura de insolvencias solo pueden afectar a deudores concretos siempre que estos se encuentren en alguna de las tasadas circunstancias recogidas por el artículo 12.2 del TRLIS.

Las condiciones fijadas por dicho precepto son las siguientes: a) Que a la fecha de devengo del impuesto haya transcurrido el plazo de seis meses desde el vencimiento de la obligación. b) Que el deudor esté declarado en situación de concurso. c) Que el deudor esté procesado por el delito de

alzamiento de bienes. d) Que las obligaciones hayan sido reclamadas judicialmente o sean objeto de un litigio judicial o procedimiento arbitral de cuya solución dependa su cobro.

Frente al planteamiento anterior, y conforme al artículo 112 del TRLIS, las empresas de reducida dimensión pueden deducir en su base imponible una dotación que cubra el riesgo de posibles impagos (pérdida por deterioro de los créditos por posibles insolvencias de deudores) hasta el límite del 1 por 100 sobre los deudores existentes a la conclusión del periodo impositivo.

De la cuantía que sirva de base para computar esa dotación global es preciso excluir dos grupos de deudores. Por una parte, aquellos sobre los que ya se hubiera dotado la provisión individualizada por hallarse en alguna de las situaciones enumeradas por el artículo 12.2, es decir, los que se encuentren en concurso, alzamiento de bienes, retraso superior a seis meses, o reclamados judicialmente. Por otra, aquellos créditos cuyas dotaciones en ningún caso tengan la consideración de deducibles. En concreto, el mencionado precepto incluye en esta categoría los siguientes: a) Los adeudados o afianzados por entidades de Derecho público³⁰. b) Los afianzados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca. c) Los garantizados mediante derechos reales, pacto de reserva de dominio y derecho de retención, excepto en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía. d) Los garantizados mediante un contrato de seguro de crédito o caución. e) Los que hayan sido objeto de renovación o prórroga expresa. f) Y, en general, los contraídos con personas o entidades vinculadas con el acreedor.

La verdadera singularidad de las empresas de reducida dimensión estriba en que pueden simultanear la dotación individualizada acorde con el artículo 12.2 y la global regulada en el artículo 112, aunque incidiendo cada una de ellas sobre créditos diferentes. Por lo demás, el importe de las dotaciones globales puede sufrir modificaciones al alza o a la baja en los sucesivos periodos impositivos si varía en más o en menos, respectivamente, el saldo de la cuenta de deudores sobre la que se haya practicado la dotación inicial.

En el primer caso, o sea, si el importe de los deudores a provisionar se ha incrementado con relación al ejercicio precedente, la nueva dotación no podrá exceder del límite del 1 por 100. Quiere ello decir que solo cabe dotar nuevas cantidades de provisión, con el límite en todo caso del 1 por 100, si los créditos pendientes al final de ejercicio superan a los existentes al principio. En este sentido, no deja lugar a dudas el artículo 112.3 al disponer que «el saldo de la pérdida por deterioro efectuada de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 no podrá exceder del límite citado en dicho apartado».

Si, por el contrario, ha disminuido el saldo de la cuenta de deudores, se producirá un exceso de provisión dotada que deberá revertir a la base imponible aumentando el importe de esta. Ello se fundamentaría, como indica CAYÓN, en la prohibición de que el saldo de la provisión no supere nunca el citado 1 por 100 de la cuenta de deudores³¹.

³⁰ Parece oportuno llamar la atención sobre esta categoría de créditos respecto a los cuales, como decimos, ni es posible reconocer una pérdida individualizada y deducible al amparo del artículo 12.2 ni tampoco cabe incluirlos en el monto global de insolvencias de deudores por virtud del artículo 112. Y ello es especialmente grave cuando se trata de Pymes cuyo mayor volumen de facturación y contratación se efectúa con Administraciones públicas que, en el actual contexto económico, retrasan excesivamente el abono de las cantidades adeudadas a sus proveedores, con lo que acentúan todavía más el problema de falta de liquidez que atenaza a las Pymes.

³¹ *Vid.* CAYÓN GALIARDO, A.: «Las PYMES en el Impuesto sobre Sociedades», *RTT*, núm. 36, 1997, pág. 41.

También puede suceder que, habiendo provisiones globales dotadas a lo largo de una serie de periodos impositivos, el sujeto pasivo pierda posteriormente la consideración de empresa de reducida dimensión. En tal situación, está claro que ya no serán deducibles las nuevas pérdidas por deterioro globales que, en su caso, se practiquen. Además, falta por averiguar cuál es el tratamiento fiscal que recibe el conjunto de la pérdida o provisión global dotada en los ejercicios precedentes. En relación con esta última circunstancia, el TRLIS podría haber ordenado que en el primer periodo impositivo en que la empresa deje de ser de reducida dimensión se produzca una reversión a la base imponible de la totalidad de la provisión global dotada en los ejercicios anteriores. En cambio, ha optado por un incremento escalonado de la base imponible, y no por la vía del mayor ingreso sino por medio de un menor gasto deducible, de tal suerte que considera como no deducibles fiscalmente las nuevas dotaciones individualizadas efectuadas en el periodo impositivo hasta el importe del saldo de las provisiones o pérdidas por deterioro globales reconocidas en los periodos impositivos anteriores.

Por consiguiente, el artículo 112.4 del TRLIS de algún modo excepciona la regla del artículo 12.2, precepto este último que permite la deducción de las nuevas pérdidas por deterioro individualizadas, en tanto en cuanto no se agote el saldo de la provisión global creada cuando la empresa era de reducida dimensión. Contablemente, ello implica que las nuevas dotaciones por posibles insolvencias de deudores absorben paulatinamente el saldo de la provisión global hasta consumirlo en su totalidad.

Finalmente, resta indicar que el TRLIS no prevé que la provisión global regulada en su artículo 112 constituya una excepción al principio de inscripción contable del artículo 19.3. Por consiguiente, para que la dotación del 1 por 100 por posibles insolvencias de deudores sea fiscalmente deducible deberá reflejarse en contabilidad.

IV. MINORACIÓN EN EL TIPO DE GRAVAMEN GENERAL DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

De todos los incentivos fiscales que el TRLIS prevé para las empresas de reducida dimensión, el único que nunca resultará aplicable a los sujetos pasivos del IRPF que desarrollen actividades económicas es el regulado en el artículo 114. En efecto, la tarifa progresiva del IRPF a la que se somete la base liquidable general afecta, lógicamente, a los rendimientos netos de las actividades económicas desarrolladas por personas físicas o entidades en régimen de atribución de rentas y, sin duda, esta circunstancia genera una economía de opción para el pequeño y mediano empresario, ya que deberá determinar cuál es la forma jurídica más óptima para soportar una menor presión fiscal: sociedad mercantil o persona física.

En definitiva, si el sujeto pasivo del IS encaja en la definición del artículo 108 del TRLIS, tributará con arreglo a la siguiente escala, excepto cuando de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta ley deba tributar a un tipo diferente del general: a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, al tipo del 25 por 100 ³². b) Por la parte de base imponible restante, al tipo del 30 por 100.

³² Este primer tramo de base imponible se ha elevado de 120.202,41 a 300.000 euros por virtud del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, que en consecuencia modificó el artículo 114 del TRLIS.

Concluye la norma aclarando que, si el periodo impositivo tuviera una duración inferior al año, la parte de la base imponible que tributará al tipo del 25 por 100 será la resultante de aplicar a 300.000 euros la proporción en la que se hallen el número de días del periodo impositivo entre 365, o la base imponible del periodo impositivo cuando esta fuere inferior.

A esta escala de gravamen de exclusiva aplicación a los sujetos pasivos del IS que reúnan la condición legal de empresas de reducida dimensión, hay que añadir otra con menores tipos impositivos prevista por el legislador con el único objeto de mantener o crear empleo. Es decir, estamos ante otra medida de política fiscal con la que se pretende combatir la crisis económica y su principal lacra, el incremento del desempleo. Concretamente, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2009 y con vigencia indefinida, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, introdujo una disposición adicional duodécima en el TRLIS. En síntesis, esta nueva escala de gravamen reducida presenta las dos siguientes características:

- 1.^a Resulta aplicable a los sujetos pasivos del IS cuyo importe neto de cifra de negocios habida en los periodos impositivos iniciados en los años 2009, 2010 y 2011 sea inferior a 5 millones de euros, y la plantilla media de trabajadores en dichos periodos sea inferior a 25 empleados.
- 2.^a Los sujetos pasivos del IS podrán beneficiarse de un tipo impositivo del 20 por 100 aplicable a la parte de la base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros ³³, y de un tipo de gravamen del 25 por 100 por la parte de base imponible restante, siempre que, durante los 12 meses siguientes al comienzo de los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2009, 2010 y 2011, su plantilla media no sea inferior a la unidad ni tampoco inferior a la plantilla media del año anterior al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.

Los requisitos inherentes a la primera de las notas aludidas demuestran que el ordenamiento español ha creado un régimen tributario más específico incluso que el de los artículos 108 a 114 del TRLIS, toda vez que introduce dos elementos diferenciadores muy concretos en su perímetro de acotación: a) Una cifra neta de negocios más baja que la del artículo 108 —su importe se queda en la mitad de esta última—, con lo que establece una subcategoría de Pymes societarias subsumible dentro del género más amplio de las empresas de reducida dimensión, aunque sin ubicarla sistemáticamente —como sería lo deseable— en el Capítulo correspondiente del TRLIS. Cabría afirmar que estamos ante un incentivo tributario pensado exclusivamente para las microempresas societarias. b) La consideración de un número máximo de empleados, exigencia esta última hasta el momento desconocida en el contexto normativo del IS. Cumplidos los dos requisitos anteriores junto con el fin extrafiscal de la medida, a saber, que no se reduzca la plantilla media de la entidad comparándola a la de los 12 meses anteriores del periodo impositivo que se tome como referencia, el incentivo tributario consiste en articular una escala de gravamen con una rebaja lineal de cinco puntos porcentuales respecto a la que rige en el régimen especial de las empresas de reducida dimensión.

³³ En los periodos impositivos iniciados dentro del año 2011, el tipo impositivo del 20 por 100 se aplicará sobre la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros. Esta ampliación del tramo de base imponible también se ha producido a resultas de la modificación introducida en la disposición adicional duodécima del TRLIS por virtud del Real Decreto-Ley 13/2010.

En paralelo, y para evitar posibles quebrantos del principio de neutralidad, la Ley 26/2009 introdujo una disposición adicional vigesimoséptima en la Ley 35/2006, con el objeto de reconocerle a los sujetos pasivos del IRPF una nueva reducción aplicable al rendimiento neto de las actividades económicas a condición de que, también en este caso, el empresario individual mantenga o cree empleo. Las condiciones objetivas para la procedencia de ese beneficio fiscal son idénticas a las establecidas para los sujetos pasivos del IS: importe neto de cifra de negocios para el conjunto de las actividades económicas inferior a 5 millones de euros y plantilla media inferior a 25 empleados. El incentivo tributario consiste en una reducción del 20 por 100 del rendimiento neto positivo del conjunto de las actividades económicas desarrolladas por el contribuyente, minorado en su caso por las reducciones previstas en el artículo 32 de la Ley 35/2006, siempre que el empresario individual mantenga o cree empleo, entendiéndose cumplida esta exigencia cuando en cada uno de los periodos impositivos 2009, 2010 y 2011 la plantilla media de trabajadores no sea inferior a la unidad ni a la plantilla media del periodo impositivo 2008.

Una doble reflexión merece, a nuestro juicio, este beneficio fiscal incorporado a la Ley del IRPF. En primer lugar, la norma se refiere en sentido genérico a «contribuyentes que ejerzan actividades económicas», sin diferenciar el régimen de determinación de su rendimiento neto, por lo que en principio la reducción se extendería tanto a los sujetos pasivos acogidos a la estimación directa, en cualquiera de sus dos modalidades, como a los que tributen en el régimen de la estimación objetiva. No obstante, el hecho de que la disposición legal exija no superar un «importe neto de cifra de negocios» conduce a pensar que la medida se dirige exclusivamente a los contribuyentes acogidos a la estimación directa, y ello porque esa magnitud, actualmente acuñada por el artículo 35 del Código de Comercio tras la modificación introducida en el mismo por la Ley 16/2007, sirve de referencia para delimitar el ámbito de aplicación de la estimación directa simplificada (art. 30.1 LIRPF) pero, en cambio, no rige como elemento cuantitativo para acotar a los contribuyentes susceptibles de tributar en estimación objetiva, pues en este caso el artículo 31.1 de la LIRPF se decanta por la expresión «volumen de rendimientos íntegros». Este último vocablo, a nuestro juicio, parece querer aludir a ingresos brutos, mientras que el «importe neto de cifra de negocios» delimita una magnitud más específica, ya que se obtiene de restar a las cantidades obtenidas por la venta de los productos y por la prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la empresa, las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas (devoluciones, *rappels*, etc.), el IVA y los demás tributos que graven la respectiva operación³⁴. En cualquier caso, merece una valoración crítica la injustificada ambigüedad con la que ha sido redactada la disposición adicional vigesimoséptima de la LIRPF.

La segunda consideración que nos depara la nueva disposición adicional vigesimoséptima de la Ley 35/2006 es que, al contemplar una reducción lineal del 20 por 100 sobre los rendimientos netos de las actividades económicas incardinados dentro de la renta general del tributo y, por ende, sometidos a

³⁴ A mayor abundamiento, el hecho de que la disposición adicional vigesimoséptima de la LIRPF remita asimismo al significado del «importe neto de la cifra de negocios» en los términos del artículo 108.3 del TRLIS, precepto al que por cierto también se refiere el artículo 28.1 de la LIRPF, refuerza la tesis de que parece circunscribir la rebaja impositiva que introduce a los contribuyentes que tributen en cualquiera de las dos modalidades de la estimación directa.

Además, en el procedimiento seguido para hallar el rendimiento neto en la estimación objetiva, las órdenes ministeriales ya suelen contemplar incentivos al empleo para los contribuyentes acogidos a dicho régimen. Así sucede en la Orden EHA/99/2010, de 28 de enero, por la que se desarrolla para el año 2010 el método de estimación objetiva del IRPF, por lo que no tendría sentido crear una reducción adicional por idéntico concepto para dichos contribuyentes.

la escala de gravamen progresiva del IRPF, termina actuando como un incentivo fiscal con efectos regresivos, en la medida en que va a beneficiar más a los contribuyentes que obtengan mayores rendimientos.

Por último, y a modo de conclusión de todo lo anterior, cabe indicar que la Ley 26/2009 ha introducido en el IS y en el IRPF un nuevo criterio de diferenciación subjetiva dentro de la vasta e indeterminada categoría de las Pymes, y ese nuevo criterio añade un elemento novedoso, plantilla media inferior a 25 empleados, que casualmente es el detonante del fin extrafiscal pretendido por la norma: mantener o crear empleo. Si el ejercicio de esta segunda opción, aumento de la plantilla, implicase rebasar el límite legal de los 25 trabajadores, paradójicamente, se perdería el derecho a la aludida rebaja impositiva enervándose de este modo el principal efecto del incentivo fiscal.

V. LA INCOMPATIBILIDAD DE ALGUNOS DE LOS BENEFICIOS FISCALES DE LAS EMPRESAS DE REDUCIDA DIMENSIÓN CON EL RÉGIMEN DE LA ESTIMACIÓN DIRECTA SIMPLIFICADA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Las amortizaciones libres reguladas en los artículos 109 y 110 del TRLIS y la dotación por posibles insolvencias de deudores prevista en su artículo 112 no resultan aplicables a quienes determinen el rendimiento neto de su actividad económica en el IRPF por la modalidad simplificada del régimen de estimación directa.

En cuanto a las primeras, conviene recordar que la verdadera singularidad que presenta la estimación directa simplificada en materia de amortizaciones radica en que el sujeto pasivo del IRPF no puede optar por los diferentes criterios previstos por el artículo 11.1 del TRLIS: porcentaje constante sobre el valor pendiente de amortización, método de los números dígitos, amortización conforme a un plan concertado por el sujeto pasivo y la Administración tributaria o, en fin, amortización mediante la prueba efectiva de la depreciación sufrida por el elemento patrimonial.

Con la salvedad que hemos reseñado en un apartado anterior, a propósito de la inaplicación de la amortización lineal según tablas a los contribuyentes en estimación directa simplificada que en su caso se acojan a la libertad de amortización prevista en la disposición adicional undécima del TRLIS, por regla general quedan al margen de la modalidad simplificada de la estimación directa las amortizaciones libres y, en particular, las reguladas por los artículos 109 y 110 del TRLIS, pues la compatibilidad admitida por el artículo 30 regla 1.ª del Reglamento del IRPF (RD 439/2007, de 30 de marzo –en adelante RIRPF–) entre la estimación directa simplificada y el régimen especial de las empresas de reducida dimensión solo puede entenderse desde la perspectiva de los sistemas de amortización lineal según tablas oficialmente aprobadas. Por lo tanto, la remisión hecha por la citada norma reglamentaria solo puede referirse a las normas del TRLIS «que afecten a este concepto», es decir, a sus artículos 111 y 113 que son los únicos que permiten amortizaciones aceleradas sobre las previstas en tablas oficiales. A su vez, aunque la LIRPF y el RIRPF guarden silencio al respecto, consideramos que la tabla específica de amortización lineal prevista para la estimación directa simplificada también puede servir de base para la aplicación de la amortización acelerada del artículo 115 del TRLIS a los bienes objeto del arrendamiento financiero que cumpla las condiciones fijadas por esa norma.

Respecto a la provisión por insolvencias regulada en el artículo 112 del TRLIS (pérdida por deterioro de los créditos por posibles insolvencias de deudores), tampoco resulta aplicable a los sujetos pasivos del IRPF acogidos a la estimación directa simplificada, por cuanto la segunda peculiaridad de esta modalidad la constituye el cómputo como gasto deducible de la cantidad resultante de aplicar un 5 por 100, en concepto de provisiones deducibles y gastos de difícil justificación, a la diferencia entre los ingresos y los gastos. Y es justamente ese porcentaje el que viene a sustituir a cualquier otra forma de cálculo de las provisiones, entre las que se halla la dotación global del 1 por 100 para la cobertura de posibles insolvencias de deudores prevista en el citado artículo 112.

No obstante lo anterior, y dado que los sujetos pasivos del IRPF acogidos a la estimación directa simplificada que opten por la reducción sobre el rendimiento neto de su actividad económica prevista en el artículo 32.2.2.^a de la LIRPF (los denominados autónomos dependientes que le facturan a un único cliente), en la medida en que –por mandato del art. 30.2 RIRPF– no pueden aplicar la deducción del 5 por 100 en concepto de provisiones deducibles y gastos de difícil justificación, cabría plantear si ello abre la puerta a este tipo de contribuyentes a la posible utilización de la provisión global por insolvencias regulada en el mencionado artículo 112 del TRLIS. *De lege data* no hay norma que se oponga a ello ni de forma expresa ni de forma tácita, por lo que habrá que admitir su hipotética aplicación y ello pese a que el artículo 112.1 del TRLIS alude en plural a «deudores» y los sujetos pasivos del IRPF a que nos estamos refiriendo entregan bienes o prestan servicios a una única persona física o jurídica.

VI. CONCLUSIONES

- 1.^a De los diferentes elementos o parámetros propuestos por la ciencia económica en orden a calificar a una entidad como Pyme (suma de las partidas del activo, número medio de trabajadores en plantilla, importe del valor agregado de los bienes o servicios suministrados al mercado, etc.), la normativa española del IS ha tenido en cuenta un único instrumento de medición para considerar a una empresa como de reducida dimensión, a saber, que el importe neto de su cifra de negocios habida en el periodo impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros. No obstante lo anterior, la Ley 26/2009 incorpora al IS y al IRPF un nuevo criterio de delimitación subjetiva dentro de la vasta categoría de las Pymes, y ese criterio –amén de fijar la cifra neta de negocios por debajo de 5 millones de euros– introduce un elemento diferenciador hasta ahora ignorado por la normativa de ambos tributos, esto es, el disponer de una plantilla media inferior a 25 empleados, que casualmente es el detonante del fin extrafiscal pretendido por la norma: mantener o crear empleo.
- 2.^a En los últimos 15 años, el legislador español ha sextuplicado la cifra neta de negocios que actúa como límite máximo para que un sujeto pasivo del IS pueda acogerse al beneficioso régimen especial de las empresas de reducida dimensión, lo que, a la vista del tejido productivo español, permite afirmar que, en contra de lo señalado por la ley, desde una perspectiva socio-económica ese régimen es el de general aplicación a la gran mayoría de las empresas societarias residentes en España.

Por otra parte, la aplicación temporal –durante tres periodos impositivos– de los beneficios fiscales de las Pymes a los sujetos pasivos que hayan rebasado la mencionada cifra de 10 millones de euros, en cuanto novedad introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, constata que razones coyunturales de política económica han desnaturalizado, en buena medida, el concepto de empresa de reducida dimensión en el IS español. Tal forma de proceder escenifica una especie de expansión unificadora de beneficios fiscales que convierte en general lo que hasta el momento era *de lege data* un régimen específico para las Pymes, lo que desacredita el criterio del propio legislador de seguir considerando a las normas contenidas en el Capítulo XII del Título VII del TRLIS como una serie de incentivos fiscales creados en exclusiva para los pequeños y medianos empresarios. Muy al contrario, más bien lo que semeja es que el titular del poder tributario estatal no ha querido cerrarle la puerta a la gran empresa, que previamente ha dado el salto para acceder a esa categoría por haber experimentado un crecimiento continuo en su volumen de facturación, para que continúe gozando de los beneficios fiscales de los que previamente disfrutaba como Pyme.

- 3.^a Durante más de dos lustros, el grueso de los beneficios fiscales previstos por el ordenamiento español para las empresas de reducida dimensión se ha centrado en las figuras de las amortizaciones libres y aceleradas, las cuales se traducen en una especie de financiación ventajosa otorgada por el Estado al sujeto pasivo en forma de aplazamiento gratuito en el pago del tributo para ejercicios futuros. A cambio, el contribuyente del IS se compromete a renovar los bienes de equipo y, en algunos casos, a crear y consolidar el empleo creado. Sin embargo, tales incentivos tributarios han devenido insuficientes en el actual contexto de crisis económica, por lo que el legislador ha expandido la figura de la libertad de amortización a todos los sujetos pasivos del IS, cualquiera que sea su cifra neta de negocios, vinculando su aplicación a la única exigencia sustantiva posible sin la cual la amortización carece de fundamento técnico-jurídico, a saber, la entrada en el activo de la empresa de un bien de uso o consumo duradero. Ello certifica la paulatina pérdida de valor de la libertad de amortización como instrumento financiero-fiscal al servicio de la creación de empleo por las Pymes, tal y como había sido diseñado en 1995 cuando el legislador español perfiló el régimen especial de las empresas de reducida dimensión. Y lo que, a mi juicio, es más grave: se coloca a las grandes empresas al mismo nivel que a las Pymes a la hora de aprovecharse del favorable efecto financiero que, por razón de las amortizaciones libres, conlleva el diferimiento del IS.
- 4.^a Las amortizaciones sirven, entre otros, a dos objetivos que son de capital importancia para asegurar la supervivencia de las Pymes en la actual coyuntura económica de restricción del crédito: como instrumentos de financiación para el empresario y como beneficios fiscales. Ambos tienen a su vez una especial incidencia en la determinación de la base imponible del IS ya que, por encima de cualquier otra consideración, las amortizaciones no dejan de ser un gasto deducible que refleja la pérdida de valor de los bienes de inversión.

Bibliografía

- ANDRÉS AUCEJO, E. [2000]: *La amortización del inmovilizado material: régimen fiscal en el Impuesto sobre Sociedades con remisión a la normativa mercantil y contable*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASAS AGUDO, D. [2008]: «Aproximación a la categoría jurídico-económica del beneficio tributario», en VV.AA.: *Estudios sobre los beneficios fiscales en el sistema tributario español*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- CAYÓN GALIARDO, A. [1997]: «Las PYMES en el Impuesto sobre Sociedades», *RTT*, núm. 36.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. [2001]: *La determinación de la base imponible en la pequeña y mediana empresa en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- [2006]: «El desarrollo de la actividad económica por la empresa familiar», en PITA GRANDAL, A.M.^a (dir.): *Cuestiones tributarias de la empresa familiar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- GARCÍA NOVOA, C. [1994]: *Las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades*, Marcial Pons, Madrid.
- LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A. [1996]: «Empresas de reducida dimensión», en VV.AA.: *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Valencia.
- ORTIZ CALLE, E. [2001]: *El régimen jurídico tributario de las amortizaciones en el Impuesto sobre Sociedades*, Colex, Madrid.
- PALLARÉS RODRÍGUEZ, R. y ALMAGRO MARTÍN, C. [2004]: «Las pequeñas y medianas empresas en el Impuesto sobre Sociedades», en SÁNCHEZ GALIANA, J.A. (coord.): *Estudio sobre la fiscalidad de las PYMES*, Universidad de Granada.
- PÉREZ ROYO, I. [2008]: «El Impuesto sobre Sociedades (I)», en PÉREZ ROYO, F. (dir.): *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Tecnos, Madrid.
- PISÓN FERNÁNDEZ, I. [1983]: *El control de gestión en las pequeñas y medianas empresas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela.
- PITA GRANDAL, A.M.^a [2006]: «Concepto de empresa familiar», en PITA GRANDAL, A.M.^a (dir.): *Cuestiones tributarias de la empresa familiar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. [2006]: «Base imponible (II): amortizaciones y régimen especial del arrendamiento financiero», en RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A. (dir.): *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Madrid.

EL SEGURO INDIVIDUAL DE AHORRO ES FISCALMENTE SEGURO. ¿SEGURO? PASADO, PRESENTE Y FUTURO EN EL IRPF

RICARDO JESÚS RUIZ HUERGA

Profesor de Finanzas y European Financial Planner

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

Extracto:

ESTE trabajo analiza las formas de tributación que en la actualidad existen para los seguros individuales de vida-ahorro, incluyendo planes individuales de ahorro sistemático (PIAS) y sistemas de previsión social, tales como los planes de previsión asegurados (PPA).

Si bien, en 2007, se simplificó su liquidación, los diversos tratamientos fiscales que existieron antes han desembocado en un amplio espectro de situaciones posibles, en función de cuándo se pagaron las primas, que dificulta enormemente los cálculos tributarios.

Mediante sencillos ejemplos se comparan distintos planes de ahorro, contratados en las últimas décadas y cobrados como capital o como rentas, aplicando los regímenes transitorios hoy vigentes.

Los resultados invitan a la reflexión, ya que los planes de ahorro más antiguos gozaban de mejor tributación, y esta se ha ido deteriorando coincidiendo con el aumento de la esperanza de vida de los contribuyentes. Así, el estímulo del ahorro a largo plazo parece la única vía para complementar las pensiones, mejorando los ingresos durante la jubilación.

Palabras clave: IRPF, vida-ahorro, seguro de supervivencia, jubilación y rentas.

ARE YOU SURE THAT INDIVIDUAL INSURANCE TAX SAVINGS ARE SAFE? INCOME TAX: PAST, PRESENT AND FUTURE

RICARDO JESÚS RUIZ HUERGA

Profesor de Finanzas y European Financial Planner

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

Abstract:

THE analysis of present tax systems for individual life insurance, including Systematic Savings Individual Plans (PIAS) and social welfare systems, such as Insured Pension Plans (PPA).

The IRPF settlement was simplified in 2007, but the various tax treatments existing before, have led to a broad spectrum of possible situations, depending on when the premiums were paid, making sometimes tax calculations extremely difficult.

Using simple examples, we compare different savings plans hired in recent decades, collected as capital or annuities and with applying the transitional arrangements in force today.

Results invite to reflect why the best taxation of oldest savings plans has been deteriorating in conjunction with increasing taxpayers life expectancy. Thus, encouraging long-term savings seems the only way to supplement pensions and so, enhancing retirement income.

Keywords: Income Tax, endowment life insurance, survival, retirement and annuity.

Sumario

1. Seguros de vida.
2. Seguros de capital diferido (cobro en 2011).
 - 2.1. Prima única pagada en 2006.
 - 2.2. Prima única pagada en 2001.
 - 2.3. Prima única pagada en 1996.
 - 2.4. Prima única pagada en 1991.
 - 2.5. Prima única pagada en 1986.
 - 2.6. Primas periódicas pagadas cada 5 años (1986, 1991, 1996, 2001 y 2006).
3. Seguros de rentas inmediatas.
 - 3.1. Seguro de rentas vitalicias (cobro iniciado en 2011).
 - 3.2. Seguro de rentas temporales (cobro iniciado en 2011).
4. Seguros de rentas diferidas.
 - 4.1. Seguro de rentas vitalicias (contratado después de 1999).
 - 4.2. Seguro de rentas vitalicias (contratado antes de 1999).
 - 4.3. Seguro de rentas temporales (contratado después de 1999).
 - 4.4. Seguro de rentas temporales (contratado antes de 1999).
5. Casos especiales.
 - 5.1. Prestaciones por jubilación e invalidez percibidas en forma de renta.
 - 5.2. Prestaciones en forma de capital que se destinen a la constitución de rentas.
6. Fiscalidad propuesta.
7. Conclusiones.

1. SEGUROS DE VIDA

Los seguros de vida son operaciones entre personas físicas o jurídicas (tomadores) y personas jurídicas (compañías de seguros) por las que estas se comprometen –una vez cobradas las **primas** al tomador– a pagar una **prestación** a los beneficiarios ¹ del contrato, en el supuesto de que se produzca la contingencia establecida (ya sea el fallecimiento o la supervivencia de la persona física denominada asegurado).

La legislación de seguros establece ² que el **ramo de vida** engloba, además de las operaciones de capitalización ³ y las operaciones de gestión, tanto de fondos colectivos de jubilación ⁴ como de operaciones tontinas ⁵:

- El seguro sobre la vida, tanto para caso de muerte como de supervivencia, o ambos conjuntamente. (*En el de supervivencia se incluye el seguro de renta*).
- El seguro sobre la vida con contraseguro (*si el asegurador se obliga a reintegrar al contratante las primas pagadas*).
- El seguro de nupcialidad (*el asegurador paga un importe en caso de matrimonio*).
- El seguro de natalidad (*pago de una cantidad determinada por parte del asegurador, por cada nacimiento que se produzca*).
- El seguro de dependencia (*garantiza el pago de una renta o la prestación de un servicio en el caso de que el asegurado entre en situación de dependencia, para que pueda hacer frente a los costes generados por encontrarse en dicha situación*).
- Cualquiera de los anteriores cuando estén vinculados con fondos de inversión (*unit-linked*).

¹ Designados libremente por el tomador. (Art. 84 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro –LCS–).

² Artículo 6 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados –TRLOSP–).

³ Basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados.

⁴ Son **operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación** aquellas que supongan para el asegurador administrar las inversiones y los activos representativos de las reservas de las entidades que otorgan prestaciones en caso de muerte, en caso de vida o en caso de cese o reducción de actividades. También cuando lleven una garantía de seguro, sea sobre la conservación del capital, sea sobre la percepción de un interés mínimo. **Quedan expresamente excluidas las operaciones de gestión de fondos de pensiones** (reservadas a las entidades gestoras de fondos de pensiones).

⁵ Son **tontinas** las que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos.

Con base en el concepto de ramo de vida, interesa distinguir las tres modalidades más frecuentes:

- **Seguros de supervivencia** (vida-ahorro): garantizan el pago de la prestación si el asegurado sigue vivo en una fecha futura predeterminada en el contrato ⁶. *(Si el asegurado fallece antes, el asegurador no paga prestación alguna).*
- **Seguros de fallecimiento** (vida-riesgo): garantizan el pago al beneficiario en caso de que el asegurado muera durante el periodo de cobertura. *(Si sobrevive, no hay pago).*
- **Seguros mixtos**: combinación de los anteriores en un solo contrato que ofrece cobertura conjunta en los supuestos de fallecimiento y de supervivencia.

La **prestación** a la que se compromete la compañía aseguradora puede satisfacerse en forma de capital (mediante un pago único) o en forma ⁷ de renta (pagos periódicos) que, a su vez, puede vincularse a la esperanza de vida de los beneficiarios (renta vitalicia) o simplemente establecer de antemano un periodo de cobro (renta temporal).

En las prestaciones cobradas en forma de renta suele contemplarse la posibilidad de transmitir, en caso de fallecimiento del beneficiario, su derecho de cobro a un tercero, distinguiendo entre las que se extinguen con el fallecimiento del asegurado (rentas no reversibles) y las que se transmiten (*revierten*), habitualmente, a favor de los hijos y/o del cónyuge (rentas con reversión).

Los contratos de seguros de rentas pueden contemplar la posibilidad de que el cobro de la renta se inicie en el instante en el que sea exigible la prestación asegurada (renta inmediata) o de que dicho cobro comience en un momento posterior (renta diferida).

En función de la modalidad que se contrate, la figura del tomador del seguro (*quien paga la prima*) puede coincidir con las figuras del asegurado y del beneficiario. Desde el punto de vista tributario, la coincidencia o no de tomador y beneficiario determina el hecho imponible y, por tanto, el impuesto aplicable.

Con base en lo expuesto, el análisis de la fiscalidad del seguro individual ⁸ de ahorro puede realizarse a partir de diferentes supuestos prácticos, que se desarrollan a continuación.

2. SEGUROS DE CAPITAL DIFERIDO (COBRO EN 2011)

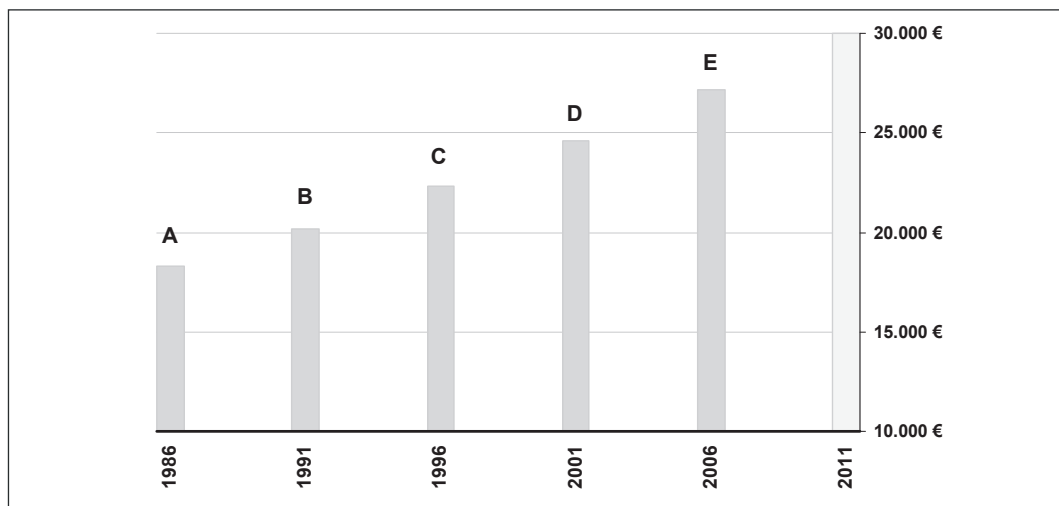
Considerando cinco ahorradores (Aurelio, Basilia, Cecilio, Dorelia y Emilio) que contrataron cinco seguros de capital diferido en distintos momentos durante los últimos 25 años.

⁶ Por eso, los seguros de supervivencia suelen ofrecerse como planes o seguros de jubilación.

⁷ También pueden combinarse los cobros, de manera que una parte sea en forma de capital y la otra en forma de renta. La cuantía de los cobros (términos) de la renta puede ser constante o variable (creciente) en función de algún criterio.

⁸ El estudio del seguro colectivo permite la elaboración de un documento independiente.

En todos los casos, el cobro previsto para el 31 de diciembre de 2011 asciende a 30.000 euros.



En el gráfico se puede apreciar que las primas pagadas con anterioridad son de menor importe, ya que se trata de comparar –de manera homogénea– cuál es el tratamiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) ⁹ de **distintos seguros de supervivencia de capital diferido** contratados según la tributación vigente en cada momento y que, vía regímenes transitorios, se mantiene en la Ley 35/2006 del IRPF ¹⁰.

Cuando se perciba un capital diferido, el rendimiento de capital mobiliario ¹¹ vendrá determinado por la diferencia entre el capital percibido y el importe de las primas satisfechas. Sin embargo, el tratamiento fiscal es distinto si se contrató el seguro:

1. Después del 20 de enero de 2006.
2. Entre el 1 de enero de 1999 y el 20 de enero de 2006.
3. Antes del inicio de 1999.

2.1. Prima única pagada en 2006

En diciembre de 2006, Aurelio contrató un seguro de capital diferido por el que pagó una prima única de 27.200 euros para garantizarse un cobro (*también único*) en 2011, por un importe de 30.000 euros.

⁹ En todos los casos analizados, el tomador del seguro coincide con el beneficiario, por lo que no procede considerar otro impuesto. Si $T \neq B$, el hecho imponible está sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

¹⁰ 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.

¹¹ Artículo 25.3 a) 1.º de la Ley 35/2006 del IRPF.



La duración del contrato es de cinco años y la rentabilidad del seguro de ahorro es del 2 por 100 anual aproximadamente.

$$27.200 (1 + 2\%)^5 \approx 30.000 \text{ €}$$

Al ser un seguro de vida contratado después del anuncio de la Ley 35/2006 del IRPF (20 de enero de 2006), su tratamiento en el impuesto es muy sencillo:

- La diferencia entre el capital cobrado y la prima satisfecha es el **rendimiento de capital mobiliario (RCM)** del ahorro, que se incorpora en la base del ahorro de Aurelio correspondiente a 2011.

+30.000 €	Prestación cobrada en 2011 (5 años)
-27.200 €	Prima pagada en 2006
+2.800 €	RCM (prestación MENOS prima)
19%	Retención IRPF
-532 €	IRPF (19%)
+29.468 €	PRESTACIÓN NETA (31-12-2011)

La compañía de seguros practicará una retención ¹² del 19 por 100 que será impuesto definitivo siempre y cuando Aurelio no declare otras rentas del ahorro que eleven su base por encima de 6.000 euros.

2.2. Prima única pagada en 2001

Basilia puso 24.600 euros en su seguro de ahorro con el compromiso del asegurador de entregarle 30.000 euros el último día de diciembre de 2011. En este caso, la duración del contrato del seguro es de 10 años y su rentabilidad anual aproximada también es del 2 por 100.

¹² Desde 1 de enero de 2010. Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para año 2010.

$24.600 (1 + 2\%)^{10} \approx 30.000 \text{ €}$

Como la fecha de contratación del seguro de vida es anterior al anuncio de la ley del impuesto, su tratamiento en el IRPF se complica algo, ya que hay que separar la parte del rendimiento de capital mobiliario producida antes del 20 de enero de 2006 y la que se generó desde esa fecha ¹³:

30-12-2001	[1] Fecha de pago de la PRIMA ÚNICA		
20-01-2006	[2] Fecha para régimen transitorio de la disposición transitoria 13. ^a		
31-12-2011	[3] Fecha de cobro de la PRESTACIÓN ÚNICA		
1.482 días	[2] – [1] Hasta FECHA ANUNCIO	[4,1 años]	[40,57%]
2.171 días	[3] – [2] Después del 20-01-2006	[5,9 años]	[59,43%]
3.653 días	[3] – [1] Total días del seguro	[10,0 años]	[100,00%]



El reparto del rendimiento de capital mobiliario íntegro generado en 10 años se realiza de forma lineal.

+30.000 €	Prestación cobrada en 2011 (10 años)
-24.600 €	Prima pagada en 2001
.../...	

¹³ Disposición transitoria decimotercera **Compensaciones fiscales**. La Ley de Presupuestos Generales del Estado determinará el procedimiento y las condiciones para la percepción de compensaciones fiscales en los siguientes supuestos: a) Los contribuyentes que perciban un capital diferido derivado de un contrato de seguro de vida o invalidez generador de rendimientos de capital mobiliario contratado con anterioridad a **20 de enero de 2006**, en el supuesto de que la aplicación del régimen fiscal establecido en esta ley para dichos rendimientos le resulte menos favorable que el regulado en el texto refundido de la Ley del IRPF. A estos efectos, se tendrán en cuenta solamente las primas satisfechas hasta el 19 de enero de 2006, así como las **primas ordinarias previstas en la póliza original** del contrato, satisfechas con posterioridad a dicha fecha. (...) [Ley 35/2006].

.../...		
+5.400 €	RCM íntegro (prestación MENOS prima)	
2.191 €	RCM anterior a 20-01-2006	[40,57%]
3.209 €	RCM posterior a 20-01-2006	[59,43%]

Tal y como señaló la Ley del IRPF en su disposición transitoria decimotercera, las distintas leyes de presupuestos generales del Estado han determinado anualmente las condiciones para que reciban compensaciones fiscales los contribuyentes que perciban capitales diferidos procedentes de contratos de seguros de vida o invalidez generadores de rendimientos de capital mobiliario firmados antes del 20 de enero de 2006.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 estableció en su disposición transitoria novena, que tendrán derecho a la **deducción** los contribuyentes que en el periodo impositivo 2010 ¹⁴ integren en la base imponible del ahorro rendimientos de capital mobiliario derivados de percepciones en forma de capital diferido ¹⁵ procedentes de seguros de vida o invalidez contratados antes del 20 de enero de 2006 y a los que les hubieran resultado de aplicación los porcentajes de reducción previstos en el texto refundido de la Ley del IRPF ¹⁶ (reducción del 40% para rendimientos producidos en más de dos años y reducción del 75% si los rendimientos se generan en un periodo superior a cinco años).

5.400 €	RCM que se integraría en base ahorro
40%	Reducción aplicable (más de 2 años pero menos de 5)
3.240 €	RCM reducido (sujeto)

La aseguradora practicará retención sobre el rendimiento de capital mobiliario sin reducir, es decir, retendrá el 19 por 100 sobre 5.400 euros (1.026 euros).

Si la base liquidable general de Basilia, sin considerar los rendimientos del seguro de supervivencia, es de 30.000 euros, aplicando la **escala de gravamen de 2011** se obtiene una cuota de IRPF (928 euros) menor que la correspondiente a la Ley 35/2006 (1.026 euros), de manera que se aplicará una deducción en su declaración de 2011 por la diferencia (98 euros).

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, si la base de Basilia fuera de 20.000 euros, la compensación sería mayor (119 euros) pero si se elevara hasta 40.000 euros ¹⁷ no procedería aplicar la deducción:

¹⁴ Disposición transitoria novena. **Compensación fiscal** por percepción de determinados rendimientos de capital mobiliario con periodo de generación superior a dos años en 2010. (Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. –**LPGE 2011**–) [Es más que previsible que la LPGE 2012 mantenga el mismo criterio para 2011].

¹⁵ Artículo 25.3 a) 1.º de la Ley 35/2006 del IRPF.

¹⁶ Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF. [**TRIRPF**].

¹⁷ En este supuesto, no se aplicaría la compensación fiscal si la base liquidable general estuviera por encima de 31.000 euros.

Base liquidable general (sin RCM)	10.000 €	20.000 €	30.000 €	40.000 €
Cuota IRPF correspondiente	2.400 €	4.892 €	7.692 €	11.121 €
RCM procedente del seguro de ahorro	3.240 €	3.240 €	3.240 €	3.240 €
Base liquidable general (con RCM del seguro)	13.240 €	23.240 €	33.240 €	43.240 €
Cuota IRPF correspondiente	3.178 €	5.799 €	8.620 €	12.320 €
Diferencia positiva	778 €	907 €	928 €	1.199 €
Tributación según Ley 35/2006 (19% – 21%)	1.026 €	1.026 €	1.026 €	1.026 €
Compensación fiscal IRPF	-248 €	-119 €	-98 €	0 €
Tipo efectivo en IRPF (Cuota / RCM íntegro)	14,4%	16,8%	17,2%	19,0%

Así, la cuantía de esta deducción será la diferencia positiva entre la cantidad resultante de aplicar los tipos de gravamen del ahorro previstos en la Ley 35/2006 (19% – 21%) al saldo positivo resultante de integrar y compensar entre sí el importe total de los rendimientos netos y el importe teórico de la cuota íntegra que hubiera resultado de haber integrado dichos rendimientos en la base liquidable general con aplicación de los porcentajes de reducción del 40 o del 75 por 100.

Escalas general y autonómica del impuesto ¹⁸

En 2011, las nuevas escalas autonómicas producirán grandes diferencias en las cuotas totales del impuesto (suma de cuotas estatal y autonómica).

A los efectos de este trabajo se ha considerado el criterio de utilización de la escala autonómica que afecta a un mayor número de comunidades autónomas (Aragón, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia y Murcia) y que, además, es la que menos se separa de la escala del ejercicio anterior ¹⁹:

2011	ESCALA de GRAVAMEN IRPF (Base general)		
Base liquidable	Cuota íntegra	Resto base liq.	Tipo marginal
0,00 €	0,00 €	17.707,20 €	24%
17.707,20 €	4.249,72 €	15.300,00 €	28%
33.007,20 €	8.533,72 €	20.400,00 €	37%
53.407,20 €	16.081,72 €	66.593,00 €	43%
120.000,20 €	44.716,72 €	55.000,00 €	44%
175.000,20 €	68.916,72 €	En adelante	45%

¹⁸ Con efectos desde 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, se modifica la escala de gravamen de la Ley 35/2006 del IRPF (art. 62 de la LPGE 2011).

¹⁹ La Rioja y las Comunidades Valenciana y de Madrid han disminuido sus escalas, mientras que Andalucía, Cataluña y Extremadura las han aumentado. En Cataluña el tipo marginal máximo es 49 por 100 y en las otras dos regiones, el 48 por 100.

2.3. Prima única pagada en 1996

El 30 de diciembre de 1996, Cecilio aportó 22.300 euros al seguro de ahorro, para cobrar 30.000 euros el último día de 2011, de forma que –como la rentabilidad anual está en torno al 2 por 100– el contrato dura 15 años.

$$22.300 (1 + 2\%)^{15} \approx 30.000$$

Al igual que en el caso anterior, Cecilio contrató su plan de ahorro antes de conocerse la actual Ley del IRPF, por lo que también tendrá que repartir el rendimiento:

30-12-1996	[1] Fecha de pago de la PRIMA ÚNICA		
20-01-2006	[2] Fecha para régimen transitorio de la disposición transitoria 13. ^a		
31-12-2011	[3] Fecha de cobro de la PRESTACIÓN ÚNICA		
3.308 días	[2] – [1] Hasta FECHA ANUNCIO	[9,1 años]	[60,38%]
2.171 días	[3] – [2] Después del 20-01-2006	[5,9 años]	[39,62%]
5.479 días	[3] – [1] Total días del seguro	[15,0 años]	[100,00%]



Como antes, el cálculo es lineal en función del número de días transcurridos antes y después del 20 de enero de 2006.

+30.000 €	Prestación cobrada en 2011 (15 años)	
-22.300 €	Prima pagada en 1996	
+7.700 €	RCM íntegro (prestación MENOS prima)	
4.649 €	RCM anterior a 20-01-2006	[60,38%]
3.051 €	RCM posterior a 20-01-2006	[39,62%]

En este caso, la reducción prevista en la anterior legislación es del 75 por 100, ya que la renta previa se genera en más de un lustro.

7.700 €	RCM que se integraría en base ahorro
75%	Reducción aplicable (más de 5 años)
1.925 €	RCM reducido (sujeto)

La compañía de seguros estará obligada a retener el 19 por 100 sobre 7.700 euros (1.463 euros). Si Cecilio no tuviera derecho a compensación fiscal, en su declaración de renta de 2011 debería ingresar la cantidad que corresponde al 21 por 100 sobre el rendimiento que supera los 6.000 euros. En este supuesto, dicha cantidad asciende a 34 euros, que es la diferencia entre la retención soportada (1.463 euros) y la cuota que corresponde al tipo de gravamen del ahorro vigente desde 1 de enero de 2010 (1.497 euros).

Suponiendo que la base liquidable general de Cecilio, sin incluir los rendimientos del seguro de ahorro, asciende a 20.000 euros, por aplicación de la escala de gravamen para 2011 se obtiene una cuota de 539 euros, que es menor que la que correspondería al tipo del ahorro de la ley actual del IRPF (1.497 euros).

Por tanto, Cecilio podrá deducirse la diferencia (958 euros en este caso) aunque, como la retención fue del 19 por 100, la compensación en su declaración de 2011 será de 34 euros menos: la diferencia entre los 1.463 euros retenidos y la cuota que hubiera correspondido según la ley anterior (539 euros) es igual a 924 euros.

Como antes, para diferentes bases generales la compensación fiscal varía:

Base liquidable general (sin RCM)	10.000 €	20.000 €	35.000 €	60.000 €
Cuota IRPF correspondiente	2.400 €	4.892 €	9.271 €	18.917 €
RCM procedente del seguro de ahorro	1.925 €	1.925 €	1.925 €	1.925 €
Base liquidable general (con RCM del seguro)	11.925 €	21.925 €	36.925 €	61.925 €
Cuota IRPF correspondiente	2.862 €	5.431 €	9.983 €	19.744 €
Diferencia positiva	462 €	539 €	712 €	828 €
Tributación según Ley 35/2006 (19% – 21%)	1.497 €	1.497 €	1.497 €	1.497 €
Compensación fiscal IRPF	-1.035 €	-958 €	-758 €	-669 €
Tipo efectivo en IRPF (Cuota / RCM íntegro)	6,0%	7,0%	9,3%	10,8%

La aplicación del porcentaje de reducción del 75 por 100 hace que siempre proceda la compensación. El mayor valor del tipo efectivo en el IRPF sería del 11,25 por 100 ²⁰.

²⁰ 25 por 100 del 45 por 100, que es el tipo marginal máximo en la escala de 2011 utilizada.

2.4. Prima única pagada en 1991

Al terminar el año 1991, Dorelia invirtió 20.200 euros en un plan de ahorro a 20 años que le garantizaba un 2 por 100 anual.

$$20.200 (1 + 2\%)^{20} \approx 30.000$$

En este caso, la fecha de contratación del seguro es previa, no solo al 20 de enero de 2006, sino que además es anterior al 31 de diciembre de 1994.

La Ley 35/2006 del IRPF, mediante disposición transitoria ²¹, mantuvo el régimen de generación de incrementos o disminuciones de patrimonio para contratos de seguros de vida iniciados antes del año 1999.

Por este régimen, cuando se perciba un capital diferido:

1. La parte del rendimiento neto total (prestación cobrada menos primas) correspondiente a las **primas pagadas antes del 31 de diciembre de 1994**.
2. Que se hubiera **generado con anterioridad a 20 de enero de 2006**.
3. Se **reducirá en un 14,28 por 100 por cada año**, redondeado por exceso, que medie entre el abono de la prima y el 31 de diciembre de 1994.

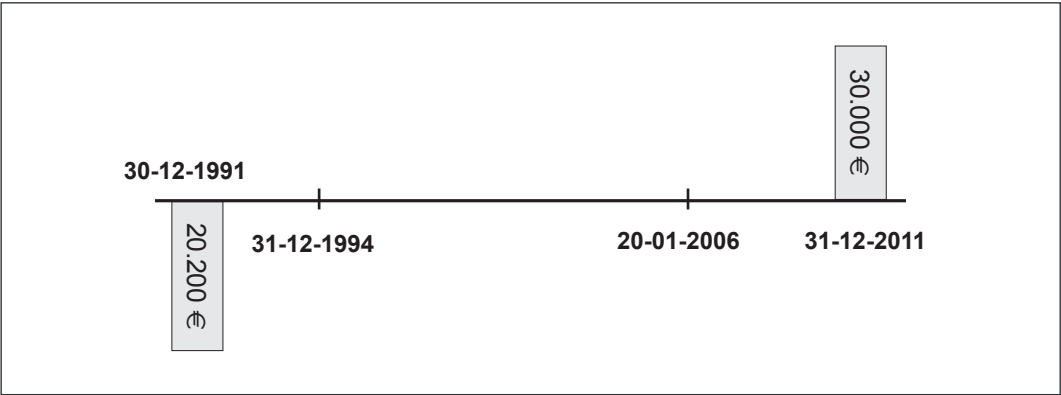
Así, en el caso de Dorelia, el tratamiento en el IRPF se complica aún más, ya que hay que repartir el rendimiento de capital mobiliario en **tres tramos**:

- La renta generada por la prima hasta 31 de diciembre de 2004.
- La que se origina entre esa fecha y el 20 de enero de 2006.
- El rendimiento producido después del 20 de enero de 2006 hasta 2011.

30-12-1991	[1] Fecha de pago de la PRIMA ÚNICA
31-12-1994	Fecha para régimen transitorio de la disposición transitoria 4. ^a
20-01-2006	[2] Fecha para régimen transitorio de la disposición transitoria 13. ^a
.../...	

²¹ Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio de los **contratos de seguro de vida** generadores de incrementos o disminuciones de patrimonio **con anterioridad a 1 de enero de 1999**. Cuando se perciba un capital diferido, a la parte del rendimiento neto total calculado de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de esta ley correspondiente a primas satisfechas con anterioridad a 31 de diciembre de 1994, que se hubiera generado con anterioridad a 20 de enero de 2006, se reducirá en un 14,28 por 100 por cada año, redondeado por exceso, que medie entre el abono de la prima y el **31 de diciembre de 1994**. [Ley 35/2006 del IRPF].

.../...			
31-12-2011	[3] Fecha de cobro de la PRESTACIÓN ÚNICA		
1.482 días	[2] – [1] Hasta FECHA ANUNCIO	[14,1 años]	[70,28%]
2.171 días	[3] – [2] Después del 20-01-2006	[5,9 años]	[29,72%]
3.653 días	[3] – [1] Total días del seguro	[20,0 años]	[100,00%]



Como siempre, el reparto del rendimiento generado es lineal en función del número de días.

+30.000 €	Prestación cobrada en 2011 (20 años)	
-20.200 €	Prima pagada en 1991	
+9.800 €	RCM íntegro (prestación MENOS prima)	
6.888 €	RCM anterior a 20-01-2006	[70,28%]
2.912 €	RCM posterior a 20-01-2006	[29,72%]

La prima se pagó el 30 de diciembre de 1991, de manera que hasta ²² el 31 de diciembre de 1994 transcurrieron tres años y un día que, como el cómputo de los años se redondea por exceso, se convierten en cuatro años y la reducción del rendimiento generado antes del 20 de enero de 2006 será del 57,12 por 100 (4 años × 14,28%):

6.888 €	RCM anterior a 20-01-2006	[70,28%]
-3.934 €	Reducción aplicable (57,12% = 4 × 14,28% anual)	
+2.954 €	RCM anterior a 20-01-2006 reducido (sujeto)	

²² Como la disposición transitoria cuarta señala que se reduce en un 14,28 por 100 por cada año transcurrido entre el pago de la prima y el 31 de diciembre de 1994, el porcentaje a aplicar será total (100%) cuando hubiesen transcurrido **más de seis años** entre dichas fechas.

Añadiendo el rendimiento producido después de enero de 2006:

+2.954 €	RCM anterior a 20-01-2006 reducido (sujeto)
+2.912 €	RCM posterior a 20-01-2006
5.866 €	RCM que se integraría en base ahorro

En este supuesto, como en el caso anterior, la reducción prevista en el régimen transitorio del IRPF anterior sigue siendo del 75 por 100, ya que han transcurrido más años aún:

9.800 €	RCM íntegro (<i>prestación menos prima</i>)
5.866 €	RCM que se integraría en base ahorro
75%	Reducción aplicable (más de 5 años)
1.466 €	RCM Reducido (sujeto)

El asegurador retendrá el 19 por 100 sobre 9.800 euros (1.862 euros). Lógicamente, si Dorelia no tuviera derecho a la compensación fiscal, en su renta de 2011 ingresaría 76 euros más (que corresponden al 2% sobre el exceso sobre 6.000 euros, es decir, sobre 3.800 euros).

En el caso de Dorelia, si su base liquidable general, sin considerar los rendimientos del seguro de capital diferido, está en 20.000 euros, la cuota que resulta de aplicar la escala de gravamen para 2011 asciende a 411 euros (mucho menor que la que pagaría si se aplicara el tipo de gravamen del ahorro vigente desde 2010, 1.938 euros).

Así, por la aplicación de los dos regímenes transitorios, Dorelia podrá compensar la diferencia²³, es decir, 1.527 euros.

Para distintas bases liquidables generales la compensación fiscal será:

Base liquidable general (sin RCM)	10.000 €	20.000 €	35.000 €	60.000 €
Cuota IRPF correspondiente	2.400 €	4.892 €	9.271 €	18.917 €
RCM procedente del seguro de ahorro	1.466 €	1.466 €	1.466 €	1.466 €
Base liquidable general (con RCM del seguro)	11.466 €	21.466 €	36.466 €	61.466 €
Cuota IRPF correspondiente	2.752 €	5.302 €	9.814 €	19.547 €
Diferencia positiva	352 €	411 €	543 €	631 €
Tributación según Ley 35/2006 (19% - 21%)	1.938 €	1.938 €	1.938 €	1.938 €
Compensación fiscal IRPF	-1.586 €	-1.527 €	-1.395 €	-1.307 €
Tipo efectivo en IRPF (Cuota / RCM íntegro)	3,6%	4,2%	5,5%	6,4%

²³ Como en el caso de Cecilio, sin olvidar la diferencia de 76 euros que no incluyó la retención del 19 por 100.

La aplicación del porcentaje de reducción del 75 por 100 hace que siempre proceda la compensación (*en este caso, el tipo efectivo máximo de Dorelia en el IRPF nunca llegará al 7%*).

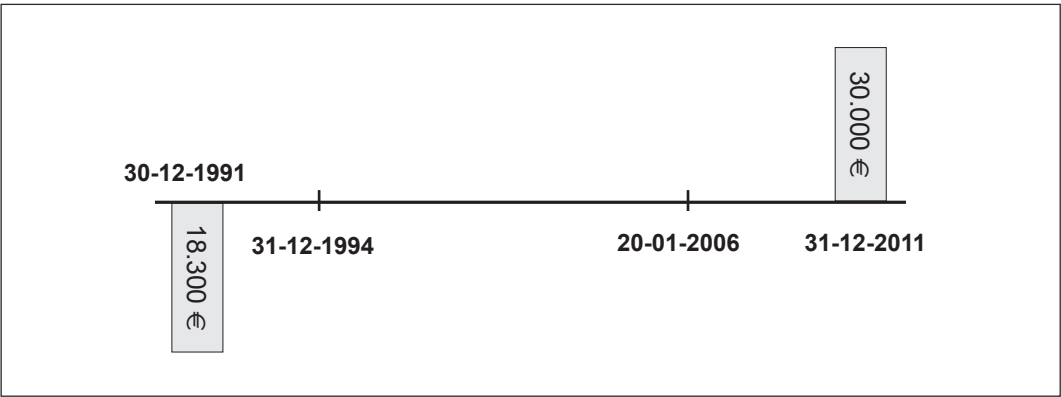
2.5. Prima única pagada en 1986

El último ahorrador, Emilio, contrató su plan de jubilación en 1986, mediante el pago de una prima única de 18.300 euros que le proporcionará, el 31 de diciembre de 2011, los mismos 30.000 euros que al resto de los inversores (con idéntica rentabilidad anual):

$$18.300 (1 + 2\%)^{25} \approx 30.000$$

Como en el seguro de Dorelia, la prima pagada antes del 31 de diciembre de 1994 implica que procede la aplicación de los coeficientes de abatimiento, debiendo distribuir el rendimiento de capital mobiliario en tres partes: el generado hasta 31 de diciembre de 2004, el que se produjo hasta el 20 de enero de 2006 y el capitalizado después.

30-12-1986	[1] Fecha de pago de la PRIMA ÚNICA		
31-12-1994	Fecha para régimen transitorio de la disposición transitoria 4. ^a		
20-01-2006	[2] Fecha para régimen transitorio de la disposición transitoria 13. ^a		
31-12-2011	[3] Fecha de cobro de la PRESTACIÓN ÚNICA		
6.961 días	[2] – [1] Hasta FECHA ANUNCIO	[19,1 años]	[76,23%]
2.171 días	[3] – [2] Después del 20-01-2006	[5,9 años]	[23,77%]
9.132 días	[3] – [1] Total días del seguro	[25,0 años]	[100,00%]



Como en todos los casos previos, el reparto temporal se realiza linealmente.

30.000 €	Prestación cobrada en 2011 (25 años)	
-18.300 €	Prima pagada en 1986	
11.700 €	RCM (prestación MENOS prima)	
8.919 €	RCM anterior a 20-01-2006	[76,23%]
2.781 €	RCM posterior a 20-01-2006	[23,77%]

Entre la fecha de la prima pagada (30 de diciembre de 1986) y el 31 de diciembre de 1994 transcurrieron ocho años y un día y, como el redondeo es por exceso, se consideran nueve. La reducción superaría el total ²⁴, de forma que el rendimiento de capital mobiliario generado antes del 31 de diciembre de 1994 está exento de tributación.

8.919 €	RCM anterior a 20-01-2006	[76,23%]
-8.919 €	Reducción aplicable 100% (14,28% anual)	
0 €	RCM anterior a 20-01-2006 reducido (sujeto)	

Añadiendo el rendimiento producido después de enero de 2006:

0 €	RCM anterior a 20-01-2006 Reducido (sujeto)	
+2.782 €	RCM posterior a 20-01-2006	
2.782 €	RCM que se integraría en base ahorro	

Como en los casos previos, la reducción que prevé el régimen transitorio es del 75 por 100:

11.700 €	RCM íntegro (<i>prestación menos prima</i>)	
2.782 €	RCM que se integraría en base ahorro	
75%	Reducción aplicable (más de 5 años)	
695 €	RCM reducido (sujeto)	

La retención que soportaría Emilio sería de 2.223 euros (19% de 11.700 euros, que como en los anteriores seguros, sin compensación fiscal, tendría que regularizarse ²⁵ en la declaración de renta). Si la base liquidable general de Emilio (*sin incluir los rendimientos del seguro analizado*) es de 20.000 euros, la cuota resultante (según escala de 2011) sería de 195 euros, muy por debajo de la cuota que resultaría del tipo de gravamen del ahorro (2.337 euros). Así, los dos regímenes transitorios suponen para Emilio un ahorro de 2.142 euros. Para distintas bases:

²⁴ **14,28% × 9 > 100%**. Como señala la disposición transitoria cuarta, el porcentaje a aplicar será total cuando transcurran **más de 6 años** entre fechas.

²⁵ Emilio tendría que liquidar el 21 por 100 del exceso sobre 6.000 euros, es decir, 114 euros (2% sobre 5.700 euros).

Base liquidable general (sin RCM)	10.000 €	20.000 €	35.000 €	60.000 €
Cuota IRPF correspondiente	2.400 €	4.892 €	9.271 €	18.917 €
RCM procedente del seguro de ahorro	695 €	695 €	695 €	695 €
Base liquidable general (con RCM del seguro)	10.695 €	20.695 €	35.695 €	60.695 €
Cuota IRPF correspondiente	2.567 €	5.086 €	9.528 €	19.216 €
Diferencia positiva	167 €	195 €	257 €	299 €
Tributación según Ley 35/2006 (19% – 21%)	2.337 €	2.337 €	2.337 €	2.337 €
Compensación fiscal IRPF	-2.170 €	-2.142 €	-2.080 €	-2.038 €
Tipo efectivo en IRPF (Cuota / RCM íntegro)	1,4%	1,7%	2,2%	2,6%

Como es lógico, en este supuesto también procede siempre compensación fiscal.

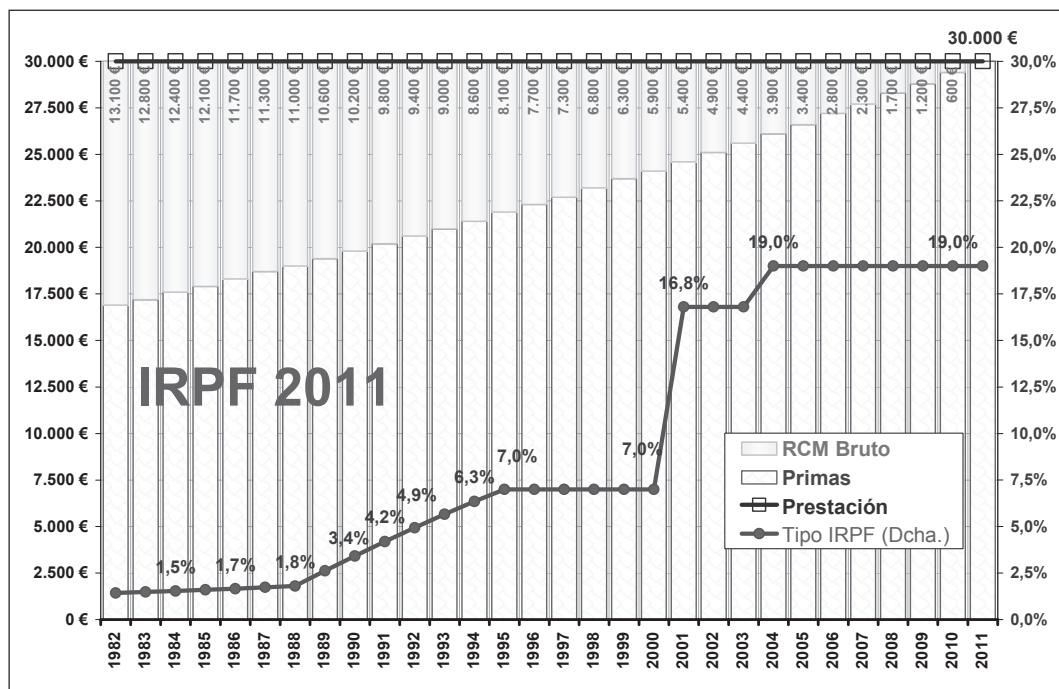
Recapitulando los seguros de capital diferido de Aurelio, Basilia, Cecilio, Dorelia y Emilio (con la hipótesis de que sus bases generales son 20.000 euros, antes de incluir la renta del seguro):

Tomador	Año	Prestación	Prima única	RCM ahorro	IRPF 19%	IRPF final	% IRPF
A	1986	30.000 €	18.300 €	11.700 €	2.223 €	195 €	1,7%
B	1991	30.000 €	20.200 €	9.800 €	1.862 €	411 €	4,2%
C	1996	30.000 €	22.300 €	7.700 €	1.463 €	539 €	7,0%
D	2001	30.000 €	24.600 €	5.400 €	1.026 €	907 €	16,8%
E	2006	30.000 €	27.200 €	2.800 €	532 €	532 €	19,0%
Total	2011	150.000 €	112.600 €	37.400 €	7.106 €	2.583 €	6,9%

Si cualquiera de los ahorradores hubiera contratado un **Plan de Previsión Asegurado** ²⁶ (PPA) su tratamiento fiscal sería el mismo que el del resto de sistemas de previsión social: los tomadores habrían reducido sus bases generales en los años de las aportaciones (*pago de las primas*) y, en el del cobro del capital acumulado, incorporarán (*en sus bases generales*) todo el importe percibido (*30.000 euros*) como rendimientos del trabajo (*escala general de gravamen*). Con la base supuesta (*20.000 euros*), la cuota general del IRPF rondaría los 10.000 euros ²⁷.

²⁶ Seguro de vida-ahorro en el que también coinciden tomador, asegurado y beneficiario y que ha de ofrecer un interés garantizado. El PPA nació con la reforma del IRPF de 2003 (RD 27/2003, de 10 de enero, de modificación del Reglamento del IRPF).

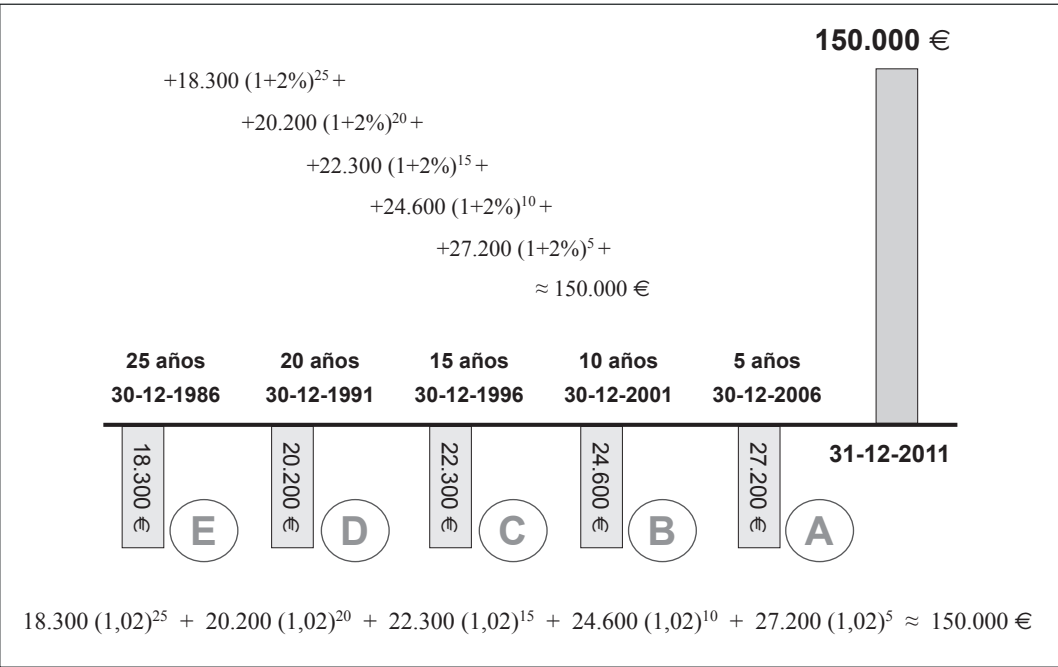
²⁷ Aunque la comparación no puede ser directa por el efecto de las reducciones previas, no hay ninguna ventaja fiscal en el cobro de un PPA en forma de capital, salvo por las aportaciones anteriores a 2007 que mantienen la reducción del 40 por 100.



El gráfico recoge los mismos seguros analizados, ampliando el análisis desde 1982: el tipo en el IRPF se sitúa por debajo del 2 por 100 antes de 1988, asciende hasta el 7 por 100 en 1995, y pasando por el 16,80 por 100 (2001 a 2003) se fija en el 19 por 100 desde 2004.

2.6. Primas periódicas pagadas cada cinco años (1986, 1991, 1996, 2001 y 2006)

Si los cinco casos anteriores se engloban en un único contrato con primas periódicas (cada cinco años desde diciembre de 1986), la prestación única será de 150.000 euros y el tratamiento en el IRPF algo diferente, ya que los cálculos anteriores ahora se realizan de forma conjunta.



Para determinar la parte del rendimiento total (37.400 euros) correspondiente a cada prima del contrato de seguro, hay que calcular el **coeficiente de ponderación**²⁸ de cada una de las primas:

	1986	1991	1996	2001	2006	2011
Primas pagadas	18.300 €	20.200 €	22.300 €	24.600 €	27.200 €	112.600 €
Número años desde pago de prima	25	20	15	10	5	14 (PMP)
Prima × Número de años	457.500	404.000	334.500	246.000	136.000	1.578.000
Coeficiente de ponderación	29,0%	25,6%	21,2%	15,6%	8,6%	100,0%
RCM correspondiente a cada prima	+10.843 €	+9.575 €	+7.928 €	+5.830 €	+3.224 €	+37.400 €

Una vez repartido el rendimiento de capital total (37.400 euros) entre las cinco primas satisfechas y, con base en los años transcurridos entre las fechas de pago de cada prima y el 31 de diciembre de 1994, redondeados por exceso (disp. trans. 4.^a) y considerando las reducciones previstas en la disposición transitoria decimotercera, se llega a un rendimiento reducido de 14.848 euros:

²⁸ El coeficiente de ponderación es una sencilla **media aritmética ponderada** en la que el **numerador** es el producto de cada prima por el número de años transcurridos desde que fue satisfecha hasta el cobro de la percepción y el **denominador** es la suma de todos los productos de todas las primas: 1.578.000 en el supuesto, que dividido entre la suma de las primas (112.600 euros) da el periodo medio de permanencia (PMP) de las primas (14 años en este caso).

	1986	1991	1996	2001	2006	2011
Prestación (cobro 2011)	+30.000 €	+30.000 €	+30.000 €	+30.000 €	+30.000 €	+150.000 €
Prima pagada	-18.300 €	-20.200 €	-22.300 €	-24.600 €	-27.200 €	-112.600 €
RCM correspondiente a cada prima	+10.843 €	+9.575 €	+7.928 €	+5.830 €	+3.224 €	+37.400 €
RCM anterior a 20-01-2006	8.265 €	6.730 €	4.787 €	2.365 €	-	22.147 €
Reducción aplicable (disp. trans. 4. ^a) (14,28%)	100%	57,12%	-	-	-	-
	-8.265 €	-3.844 €	-	-	-	-
RCM anterior a 20-01-2006 reducido (sujeto)	0 €	+2.886 €	-	-	-	-
Reducción aplicable (disp. trans. 13. ^a) (40% - 75%)	75%	75%	75%	40%	-	-
	0 €	-2.164 €	-5.946 €	-2.332 €	-	-
RCM posterior a 20-01-2006	2.578 €	2.845 €	3.141 €	3.465 €	3.224 €	15.253 €
RCM integrable en base ahorro	2.578 €	3.566 €	1.982 €	3.498 €	3.224 €	14.848 €

Como el rendimiento computable es elevado (casi 15.000 euros), el impacto de la compensación fiscal también. Según sean más altas las bases liquidables generales, menor deducción:

Base liquidable general (sin RCM)	10.000 €	20.000 €	35.000 €	60.000 €
Cuota IRPF correspondiente	2.400 €	4.892 €	9.271 €	18.917 €
RCM procedente del seguro de ahorro	14.848 €	14.848 €	14.848 €	14.848 €
Base liquidable general (con RCM del seguro)	24.848 €	34.848 €	49.848 €	74.848 €
Cuota IRPF correspondiente	6.249 €	9.215 €	14.765 €	25.301 €
Diferencia positiva	3.849 €	4.323 €	5.494 €	6.385 €
Tributación por Ley 35/2006 (sobre 37.400 €: 20,7%)	7.734 €	7.734 €	7.734 €	7.734 €
Compensación fiscal IRPF	-3.885 €	-3.411 €	-2.240 €	-1.350 €
Tipo efectivo en IRPF (Cuota / RCM íntegro)	10,3%	11,6%	14,7%	17,1%

Si el contrato se hubiera iniciado después de 1994 (*aquí serían solo las tres primas más recientes*) y, siempre que el periodo medio de permanencia (PMP) de las primas supere los cuatro años (*en este ejemplo está próximo a 10 años*), podría aplicarse la **reducción especial** del 75 por 100, por la que se aplica este porcentaje de recorte (*el más alto*) a todas las primas del contrato, con independencia del momento en el que se pagaran.

En este caso dejaría el tipo efectivo en el 4,75 por 100 (*aunque solo para las tres últimas primas*).

3. SEGUROS DE RENTAS INMEDIATAS

Cuando a cambio de una prima, el asegurador se obliga a iniciar el pago de una renta (vitalicia o temporal) en una fecha determinada (*siempre que el asegurado siga vivo en dicha fecha*), el trata-

miento en el IRPF ²⁹ se limita a calcular una porción de cada cobro como rendimiento de capital mobiliario sujeto a gravamen ³⁰.

Sea cual sea la fecha de contratación del seguro de **rentas inmediatas** ³¹, su fiscalidad es la misma, con la única distinción de si las rentas son vitalicias o temporales.

En los seguros de rentas **vitalicias** inmediatas, el rendimiento de capital mobiliario se calcula por aplicación —a cada anualidad ³²— de un porcentaje establecido en función de la edad del rentista **en el momento de la constitución de la renta**.

40%	Cuando el perceptor tenga menos de 40 años.
35%	Cuando el perceptor tenga entre 40 y 49 años.
28%	Cuando el perceptor tenga entre 50 y 59 años.
24%	Cuando el perceptor tenga entre 60 y 65 años.
20%	Cuando el perceptor tenga más de 66 y 69 años.
8%	Cuando el perceptor tenga más de 70 años.

Aunque la edad del perceptor de la renta aumenta cada año, el porcentaje aplicable en el IRPF permanece **constante durante toda la vigencia de la renta** ³³.

En los seguros de rentas **temporales** inmediatas, el rendimiento de capital mobiliario se obtiene aplicando a cada anualidad un porcentaje en función de la duración de la renta:

12%	Cuando la renta tenga una duración inferior o igual a 5 años.
16%	Cuando la renta tenga una duración superior a 5 e inferior o igual a 10 años.
20%	Cuando la renta tenga una duración superior a 10 e inferior o igual a 15 años.
25%	Cuando la renta tenga una duración superior a 15 años.

3.1. Seguro de rentas vitalicias (cobro iniciado en 2011)

Si Aurelio contrata un seguro de rentas por el que desembolsa una prima única ³⁴ al final de 2010 y por el que comienza a cobrar, al final de cada mes y de forma vitalicia, 1.000 euros desde enero de 2011, su declaración de IRPF será muy simple pues solo tendrá en cuenta dos variables:

²⁹ Artículo 25.3 a) 2.º y 3.º de la Ley 35/2006 del IRPF.

³⁰ En vez de calcular las cuotas de intereses correspondientes a cada cobro.

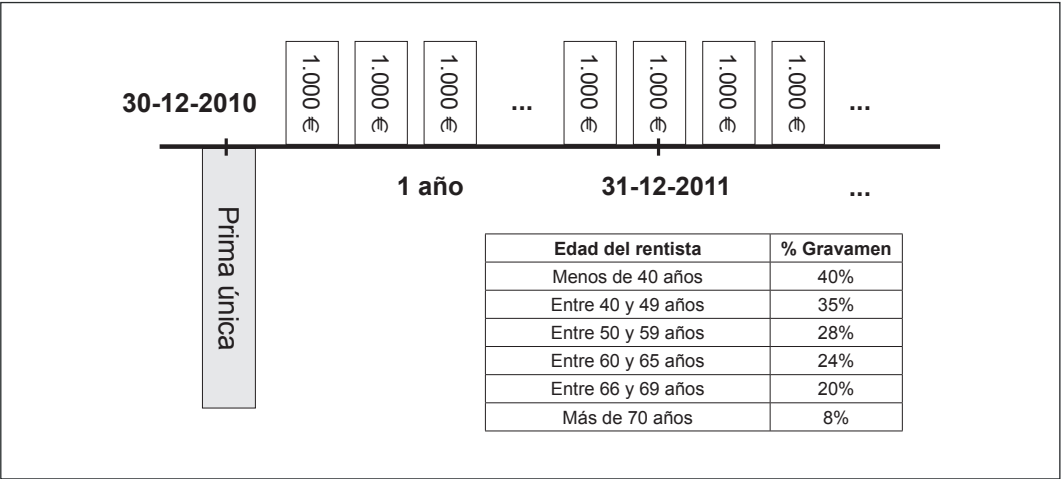
³¹ Siempre y cuando no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, es decir, como en el resto de los seguros de supervivencia, para ser hecho imponible del IRPF han de coincidir tomador y beneficiario.

³² Suma de todos los cobros del ejercicio fiscal.

³³ La vigencia de una renta vitalicia, suponiendo que no es reversible, será mientras viva el beneficiario de la misma.

³⁴ Que bien podría ser un capital diferido como los analizados, que se cobrara en esa fecha (después de *pasar por caja* en Hacienda).

1. La edad de Aurelio en el momento de constitución de la renta vitalicia.
2. La suma de los cobros en el año 2011 (12.000 euros en este supuesto).



Suponiendo que Aurelio tiene 66 años el 30 de diciembre de 2010 (*cuando se constituye la renta vitalicia inmediata*), computará como renta del ahorro de 2011, el resultado de aplicar el 20 por 100 a cada anualidad (12.000 euros), es decir:

12.000 €	RCM bruto anual [renta anual] (1.000 × 12)
20%	Porcentaje computable por edad (66 años)
2.400 €	RCM neto anual [base del ahorro]
19%	Tipo de gravamen del ahorro
456 €	Cuota IRPF (ahorro) (456 / 12.000 = 3,80%)

En el siguiente resumen se puede ver el efecto fiscal del cobro de una renta inmediata vitalicia de 12.000 euros al año (1.000 al mes) según la edad del beneficiario en la constitución de la renta:

Edad en el inicio de la renta	% Gravado	RCM gravado	IRPF	% Gravamen
Menos de 40 años	40%	4.800,00 €	912,00 €	7,60%
Entre 40 y 49 años	35%	4.200,00 €	798,00 €	6,65%
Entre 50 y 59 años	28%	3.360,00 €	638,40 €	5,32%
Entre 60 y 65 años	24%	2.880,00 €	547,20 €	4,56%
Entre 66 y 69 años	20%	2.400,00 €	456,00 €	3,80%
Más de 70 años	8%	960,00 €	182,40 €	1,52%

Si Aurelio decidiera ejercitar su derecho de **rescate** ³⁵ al terminar 2012 (*extinguendo la renta vitalicia*), tendría que incorporar en el IRPF el rendimiento de capital mobiliario generado.

Para su cálculo, tendrá que:

1. **Sumar al importe del rescate** todas las **mensualidades cobradas** hasta ese instante.
2. **Restar las primas pagadas** y las **cuantías que ya hayan tributado** como renta del ahorro (rendimientos de capital mobiliario).

Fecha rescate: 31-12-2012						
Fecha pago prima: 30-12-2010						
Edad en la constitución de la renta	70 años	66 años	65 años	55 años	45 años	40 años
Rescate +	179.860 €	211.860 €	219.560 €	287.860 €	343.960 €	368.060 €
Anualidades cobradas (12.000 × 2) +	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €
Primas pagadas (prima única) -	-196.200 €	-227.000 €	-234.300 €	-300.000 €	-353.900 €	-377.100 €
Rentabilidad gravada (2 años) -	-1.920 €	-4.800 €	-5.760 €	-6.720 €	-8.400 €	-9.600 €
RCM del rescate	5.740 €	4.060 €	3.500 €	5.140 €	5.660 €	5.360 €
Cuota IRPF [ahorro] (19% - 21%)	1.091 €	771 €	665 €	977 €	1.075 €	1.018 €

El cuadro recoge los rescates que podría efectuar el tomador, considerando las distintas edades de constitución de las rentas. Como las mensualidades son de 1.000 euros para todos los casos, las primas pagadas y los importes rescatables por quienes iniciaron el cobro a mayor edad son menores ³⁶, salvo que se tratara de una renta vitalicia **reversible**, en cuyo caso podría ser así:

Fecha rescate: 31-12-2012						
Fecha pago prima: 30-12-2010						
Edad en la constitución de la renta	70 años	66 años	65 años	55 años	45 años	40 años
Rescate +	300.000 €	300.000 €	300.000 €	300.000 €	300.000 €	300.000 €
Anualidades cobradas (12.000 × 2) +	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €
Primas pagadas (prima única) -	-300.000 €	-300.000 €	-300.000 €	-300.000 €	-300.000 €	-300.000 €
Rentabilidad gravada (2 años) -	-1.920 €	-4.800 €	-5.760 €	-6.720 €	-8.400 €	-9.600 €
RCM del rescate	22.080 €	19.200 €	18.240 €	17.280 €	15.600 €	14.400 €
Cuota IRPF [Ahorro] (19% - 21%)	4.517 €	3.912 €	3.710 €	3.509 €	3.156 €	2.904 €

De cualquier manera, como la fiscalidad vigente incentiva el cobro de rentas vitalicias a partir de los 70 años (tributando al 19% por solo 8 de cada 100 euros recibidos), parece claro que, a

³⁵ Artículo 25.3 a) 5.º de la Ley 35/2006 del IRPF. Extinción de las rentas temporales o vitalicias.

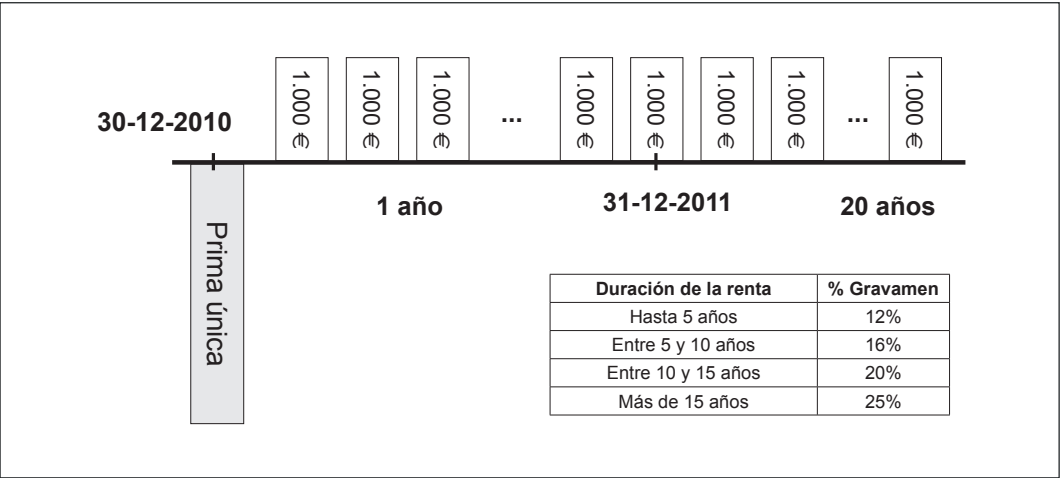
³⁶ Y el impacto en el IRPF es similar en todos los tramos.

esa edad, casi nunca será interesante el rescate de una renta inmediata vitalicia, aunque la situación es bien distinta para quien esté cobrando una renta vitalicia desde una edad temprana ³⁷.

3.2. Seguro de rentas temporales (cobro iniciado en 2011)

En el supuesto de que Basilia contrate un seguro de rentas por el que paga una prima única al terminar 2010 y por el que comienza a cobrar, al final de cada mes y durante 20 años, 1.000 euros desde enero de 2011, su declaración de IRPF solo tendrá que considerar:

- 1. La duración de la renta temporal (20 años en este caso).
- 2. La suma de los cobros en el año 2011 (12.000 euros).



Como la renta temporal de Basilia tiene una duración superior a 15 años, considerará como rendimiento de capital mobiliario de 2011 el resultado de aplicar el 25 por 100 a la anualidad (12.000 euros), es decir:

12.000 €	RCM bruto anual [renta anual] (1.000 × 12)
25%	Porcentaje computable por duración (más de 15 años)
3.000 €	RCM neto anual [base del ahorro]
19%	Tipo de gravamen del ahorro
570 €	Cuota IRPF (ahorro) (570 / 12.000 = 4,75%)

³⁷ Por desgracia, la mayoría de las rentas vitalicias que cobran personas de corta edad son fruto de indemnizaciones por accidentes que se ligan a la necesaria atención médica durante toda la vida restante de quien sufrió el accidente.

En el siguiente cuadro se detalla el efecto fiscal del cobro de una renta inmediata temporal de 12.000 euros por año (1.000 euros al mes) según sea la duración de la renta:

Duración de la renta	% Gravado	RCM gravado	IRPF	% Gravamen
Hasta 5 años	12%	1.440,00 €	273,60 €	2,28%
Entre 5 y 10 años	16%	1.920,00 €	364,80 €	3,04%
Entre 10 y 15 años	20%	2.400,00 €	456,00 €	3,80%
Más de 15 años	25%	3.000,00 €	570,00 €	4,75%

Mensualmente, Basilia (perceptora de la renta temporal) soporta una retención del 19 por 100 sobre la mensualidad gravada, es decir, en este caso, la retención se practica sobre 250 euros (47,50 €), de manera que el importe líquido que recibe cada mes es de 952,50 euros. Según duraciones:

Hasta 5 años	12%	120,00 €	22,80 €	977,20 €
Entre 5 y 10 años	16%	160,00 €	30,40 €	969,60 €
Entre 10 y 15 años	20%	200,00 €	38,00 €	962,00 €
Más de 15 años	25%	250,00 €	47,50 €	952,50 €

Si al finalizar 2012, Basilia rescata la renta temporal tendría que incluir en su IRPF:

1. Importe del rescate
2. **Más** todos los cobros (anualidades) hasta ese momento.
3. **Menos** la prima o primas pagadas.
4. **Menos** los rendimientos de capital mobiliario previamente declarados.

Fecha rescate: 31-12-2012				
Fecha pago prima: 30-12-2010				
Duración de la renta	20 años	15 años	10 años	5 años
Rescate +	151.920 €	119.820 €	80.820 €	33.320 €
Anualidades cobradas (12.000 × 2) +	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €
Primas pagadas (prima única) -	-163.100 €	-133.400 €	-97.300 €	-53.400 €
Rentabilidad gravada (2 años) -	-6.000 €	-4.800 €	-3.840 €	-2.880 €
RCM del rescate	6.820 €	5.620 €	3.680 €	1.040 €
Cuota IRPF [ahorro] (19% - 21%)	1.312 €	1.068 €	699 €	198 €

Como en el caso de Aurelio, si los cobros son iguales en todos los casos (1.000 euros al mes), las primas pagadas y los rescates son menores cuanto menor es la duración de la renta y, con un mismo tipo

de interés, se observa que la mayor tributación se corresponde con la duración de 20 años (*prima y rescate superiores*), a pesar de que se gravó con un porcentaje más alto (25%), que ahora se resta.

Si se tratara de una renta temporal reversible, sucederá lo contrario, por el impacto de las cuotas pagadas en los años anteriores (*se beneficia la que más pagó*):

Fecha rescate: 31-12-2012				
Fecha pago prima: 30-12-2010				
Duración de la renta	20 años	15 años	10 años	5 años
Rescate +	300.000 €	300.000 €	300.000 €	300.000 €
Anualidades cobradas (12.000 × 2) +	24.000 €	24.000 €	24.000 €	24.000 €
Primas pagadas (prima única) –	–300.000 €	–300.000 €	–300.000 €	–300.000 €
Rentabilidad gravada (2 años) –	–6.000 €	–4.800 €	–3.840 €	–2.880 €
RCM del rescate	18.000 €	19.200 €	20.160 €	21.120 €
Cuota IRPF [ahorro] (19% – 21%)	3.660 €	3.912 €	4.114 €	4.315 €

4. SEGUROS DE RENTAS DIFERIDAS

En ocasiones, el tomador del seguro desembolsa la prima en un momento determinado para que la entidad aseguradora le pague –en una fecha futura determinada³⁸– una renta, ya sea temporal o vitalicia.

En ambos supuestos³⁹ el tratamiento en el IRPF vigente es simple, ya que para calcular el rendimiento de capital mobiliario se usan los mismos porcentajes de las rentas inmediatas (*en función de edad o duración de la renta*), añadiendo la rentabilidad generada en el periodo hasta la constitución de la renta.

La tributación de la rentabilidad obtenida durante el periodo de diferimiento se somete a gravamen de acuerdo con dos reglas⁴⁰:

1. La diferencia entre el valor actual financiero-actuarial de la renta constituida y el importe de las primas satisfechas determina la **rentabilidad**.
2. Rentabilidad que se **repartirá linealmente** durante los 10 primeros años de cobro de la renta vitalicia o temporal de duración superior a **10 años**. Si la renta temporal tuviera una duración inferior, el reparto lineal se hace entre los años de duración de la misma.

³⁸ Siempre que el tomador-beneficiario esté vivo en dicha fecha.

³⁹ Primer párrafo del artículo 25.3 a) 4.º de la Ley 35/2006 del IRPF. (Rentas diferidas, vitalicias o temporales).

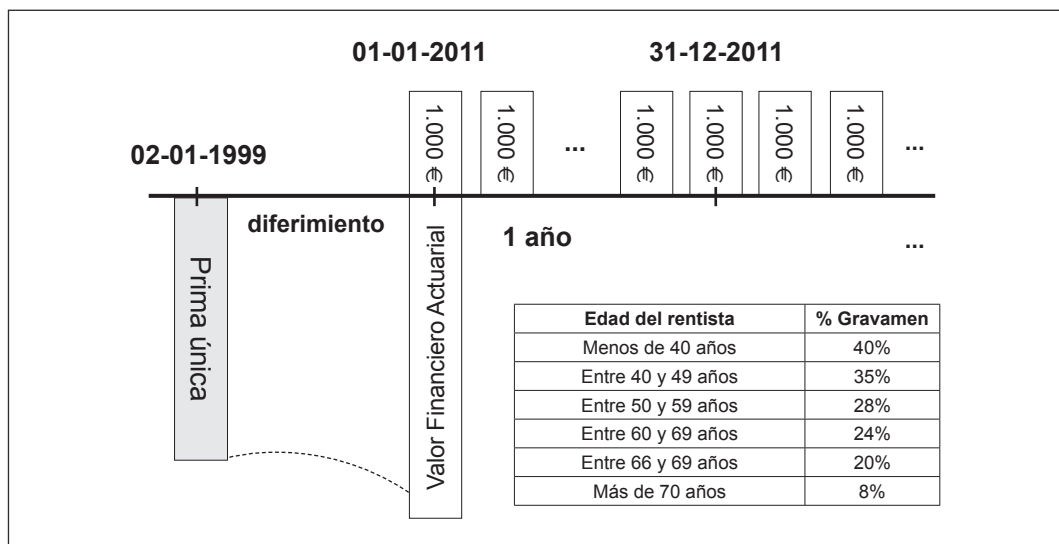
⁴⁰ Artículo 18 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (**RIRPF**).

Con el ánimo de mantener el régimen fiscal más ventajoso de los seguros de vida constituidos antes de 1999, la Ley 35/2006 del IRPF, mediante disposición transitoria ⁴¹, distingue entre contratos de seguros de vida celebrados antes del 1 de enero de 1999 y después.

4.1. Seguro de rentas vitalicias (contratado después de 1999)

Suponiendo que Cecilio contrató un seguro de rentas vitalicias el 2 de enero de 1999, por el que pagó una prima única, con la intención de empezar a cobrar, de forma vitalicia y al final de cada mes, 1.000 euros desde enero de 2011. Para declarar el seguro de ahorro en el IRPF se necesita:

1. La edad de Cecilio en el momento de constitución de la renta vitalicia (*68 años*).
2. La suma de los cobros en el año 2011 (*12.000 euros en este supuesto*).
3. El valor actual financiero-actuarial de la renta vitalicia en el momento de su constitución (*por ejemplo, 90.000 euros el 31 de diciembre de 2010, siendo la prima pagada en 1999 de 60.000 euros*).



Como Cecilio tiene 68 años cuando se constituye la renta vitalicia (*al final de 2010*), computará en su base del ahorro de 2011 (*rendimiento de capital mobiliario*) el resultado de aplicar el 28 por 100 a cada anualidad (*12.000 euros*), es decir:

⁴¹ Disposición transitoria quinta. **Régimen transitorio aplicable a las rentas vitalicias y temporales.** 1. Para determinar la parte de las rentas vitalicias y temporales, inmediatas o diferidas, que se considera rendimiento de capital mobiliario, resultarán aplicables exclusivamente los porcentajes establecidos por el artículo 25.3 a), números 2.º y 3.º, de esta ley, a las prestaciones en forma de renta que se perciban a partir de la entrada en vigor de esta ley, cuando la constitución de las rentas se hubiera producido **con anterioridad a 1 de enero de 1999**. [Ley 35/2006 del IRPF].

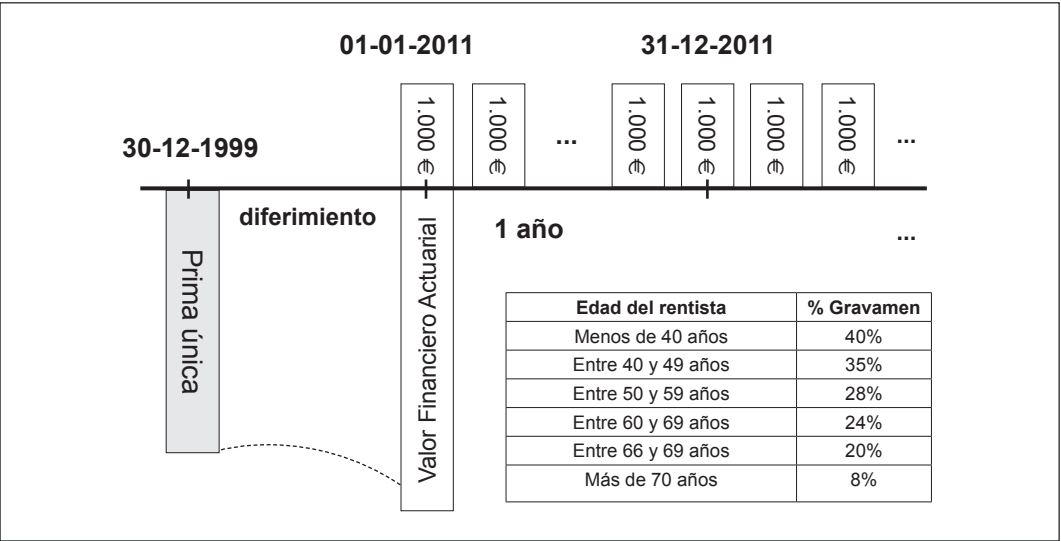
12.000 €	RCM bruto anual [renta anual] (1.000 × 12)
20%	Porcentaje computable por edad (68 años)
2.400 €	RCM neto anual
3.000 €	Imputación anual (30.000 / 10 años)
5.400 €	RCM anual [base del ahorro] (10 primeros años)
19%	Tipo de gravamen del ahorro
1.026 €	Cuota IRPF (ahorro) (1.026 / 12.000 = 8,55%)

Lógicamente, el gravamen efectivo de los primeros 10 años dependerá de la rentabilidad lograda en el periodo de diferimiento y, a partir del undécimo ejercicio, la cuota se reduce sensiblemente.

Si se decide rescatar la renta, se incluye en el IRPF el rendimiento que corresponda, de la misma manera que Aurelio, en el supuesto del rescate de su renta vitalicia inmediata.

4.2. Seguro de rentas vitalicias (contratado antes de 1999)

Si se considera que la fecha de contratación del seguro hubiera sido el 30 de diciembre de 1998, por la citada disposición transitoria, se aplicaría exclusivamente el porcentaje correspondiente a la edad de Cecilio, **sin imputar anualmente el rendimiento diferido**.



De manera que este caso sería idéntico al de las rentas vitalicias inmediatas (Aurelio).

12.000 €	RCM bruto anual [renta anual] (1.000×12)
20%	Porcentaje computable por edad (68 años)
2.400 €	RCM neto anual
–	Imputación anual
2.400 €	RCM anual [base del ahorro]
19%	Tipo de gravamen del ahorro
456 €	Cuota IRPF [ahorro] ($456 / 12.000 = 3,80\%$)

Si Cecilio rescata⁴² la renta vitalicia, al final de 2012, para calcular el rendimiento producido, restará la rentabilidad obtenida hasta la fecha de constitución de la renta (columna 1.^a). En la 2.^a columna se compara el mismo seguro contratado tres días después (1999):

(4.2.) 30-12-1998	Edad en la constitución de la renta: 70 años	(4.1.) 02-01-1999
75.920 €	+ Rescate (31-12-2012)	75.920 €
24.000 €	+ Anualidades cobradas (12.000×2)	24.000 €
-60.000 €	- Primas pagadas (prima única)	-60.000 €
-7.920 €	- Rentabilidad gravada ($2 \text{ años} \times 3.960 \text{ €}$)	-7.920 €
-30.000 €	- Rentabilidad del periodo de diferimiento	–
2.000 €	RCM del rescate	32.000 €
380 €	Cuota IRPF [ahorro] ($19\% - 21\%$)	6.600 €

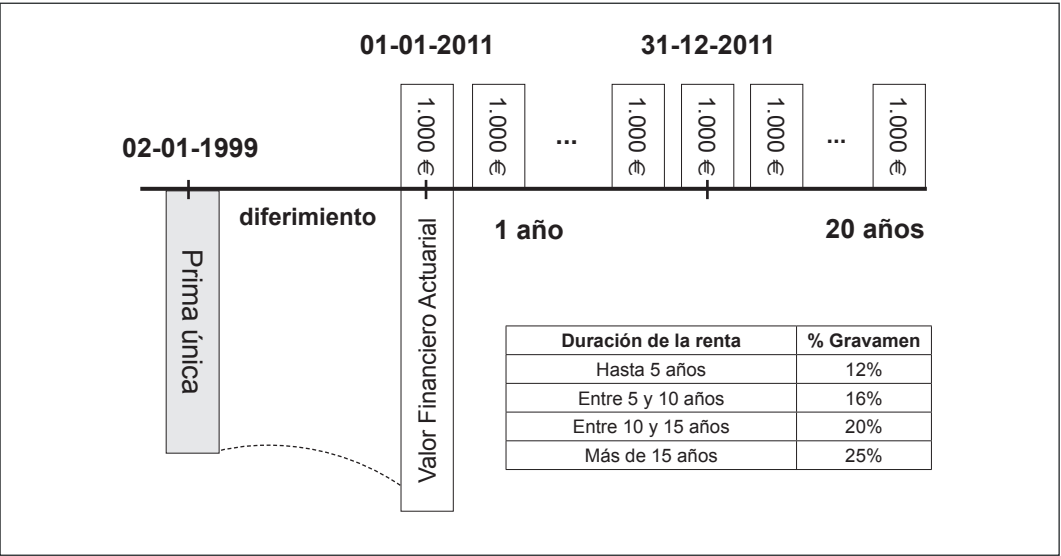
4.3. Seguro de rentas temporales (contratado después de 1999)

Si cuando se inició 1999, Dorelia contrató un seguro de rentas temporales, de manera que pagó una prima única que le garantizaría cobrar mensualidades de 1.000 euros durante 20 años, desde el 31 de enero de 2011.

En este caso, para la declaración del seguro de rentas se usarán tres datos:

1. La duración de la renta (*20 años desde 2011*).
2. La anualidad cobrada en el año (*12.000 euros en 2011*).
3. El valor financiero-actuarial de la renta temporal en su momento inicial (*como antes, suponemos un montante de 90.000 euros al comienzo de 2011, con una prima de 60.000*).

⁴² Disposición transitoria quinta. **Régimen transitorio aplicable a las rentas vitalicias y temporales.** 2. Si se acudiera al rescate de rentas vitalicias o temporales cuya constitución se hubiera producido **con anterioridad a 1 de enero de 1999**, para el cálculo del RCM producido con motivo del rescate se restará la rentabilidad obtenida hasta la fecha de constitución de la renta.



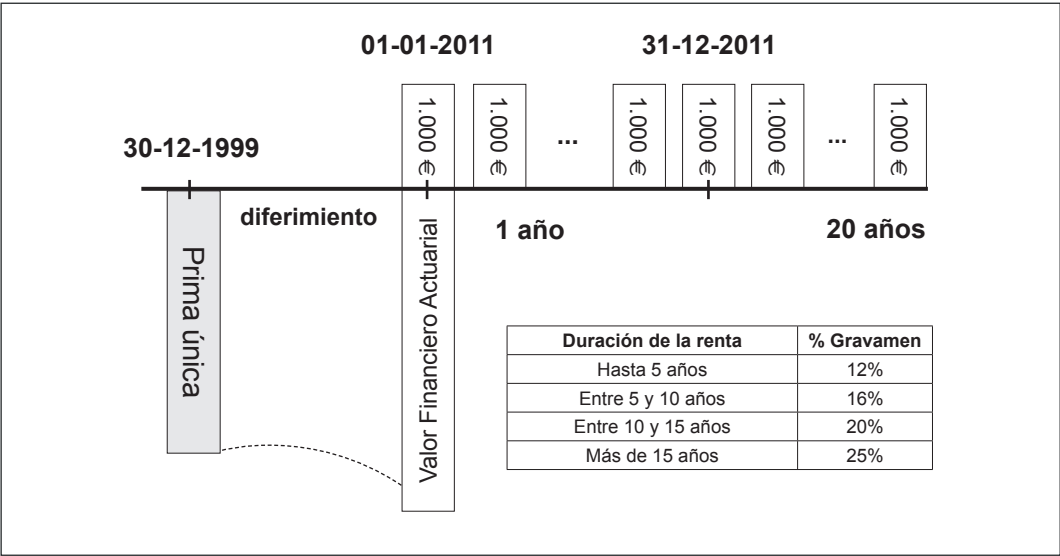
La renta temporal durará más de 15 años, de manera que el rendimiento de capital mobiliario de 2011 se calculará multiplicando la anualidad (12.000 euros) por el 25 por 100:

12.000 €	RCM bruto anual [renta anual] (1.000 × 12)
25%	Porcentaje computable por duración (20 años)
3.000 €	RCM neto anual [base del ahorro]
3.000 €	Imputación anual (30.000 / 10 años)
6.000 €	RCM anual [base del ahorro] (10 primeros años)
19%	Tipo de gravamen del ahorro
1.140 €	Cuota IRPF (ahorro) (1.140 / 12.000 = 9,50%)

El tipo de gravamen efectivo aumentará considerablemente según haya sido la rentabilidad generada en el periodo de diferimiento.

4.4. Seguro de rentas temporales (contratado antes de 1999)

Contemplando, como en el caso anterior, que la contratación del seguro hubiera sido unos días antes (antes de empezar 1999), solo se aplica el porcentaje que corresponda por la duración de la renta temporal y no se reparte la rentabilidad diferida.



12.000 €	RCM bruto anual [renta anual] (1.000 × 12)
25%	Porcentaje computable por duración (20 años)
3.000 €	RCM neto anual
–	Imputación anual
3.000 €	RCM anual [base del ahorro]
19%	Tipo de gravamen del ahorro
570 €	Cuota IRPF [ahorro] (570 / 12.000 = 4,75%)

Por tanto, si el seguro de rentas diferidas temporales se contrató antes de 1999, su tratamiento en el IRPF es igual que el de una renta temporal inmediata (Basilia). Como en el supuesto anterior, si se rescata la renta (*ahora temporal*), para el cómputo del rendimiento se resta la rentabilidad del periodo de diferimiento: 1ª columna (*el mismo caso en 1999*: 2.ª columna).

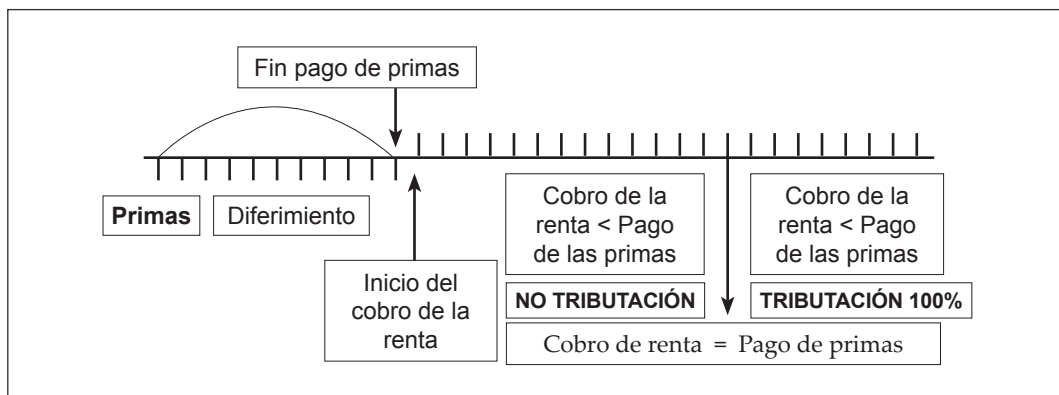
(4.4.) 30-12-1998	Duración de la renta: más de 15 años	(4.3.) 02-01-1999
80.000 €	+ Rescate (31-12-2012)	80.000 €
24.000 €	+ Anualidades cobradas (12.000 × 2)	24.000 €
–60.000 €	– Primas pagadas (prima única)	–60.000 €
–6.000 €	– Rentabilidad gravada (2 años × 6.000 €)	–6.000 €
–30.000 €	– Rentabilidad del periodo de diferimiento	–
2.000 €	RCM del rescate	32.000 €
380 €	Cuota IRPF [ahorro] (19% – 21%)	6.600 €

Con idénticas conclusiones que en el epígrafe anterior de rentas diferidas vitalicias (Cecilio).

5. CASOS ESPECIALES

5.1. Prestaciones por jubilación e invalidez percibidas en forma de renta

El beneficiario de un contrato de seguro de vida o invalidez ⁴³ que perciba prestaciones por jubilación e invalidez en forma de **renta**, *siempre y cuando no se hayan movilizado las provisiones técnicas del contrato de seguro durante su vigencia*, integrará ⁴⁴ en la base imponible del ahorro, como rendimientos de capital mobiliario, el exceso de las anualidades cobradas sobre las primas que hayan sido satisfechas en virtud del contrato ⁴⁵, es decir, **no tributa hasta que las prestaciones percibidas superen el importe de las primas pagadas**:



Así, en estos casos **no se aplican los porcentajes** previstos para las rentas vitalicias o temporales.

Este régimen no es aplicable si el contrato de seguro fue concertado en un plazo inferior a los **dos años** anteriores a la fecha de jubilación.

El IRPF ⁴⁶ señala dos requisitos exigibles a estos contratos de seguro (*con prestaciones por jubilación e invalidez percibidas en forma de renta*) para que sea aplicable lo anterior:

⁴³ Como en todos los casos anteriores, excluyendo los que sean **sistemas de previsión social** (planes de previsión asegurados, mutualidades de previsión social y seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia) que generan rendimientos del trabajo.

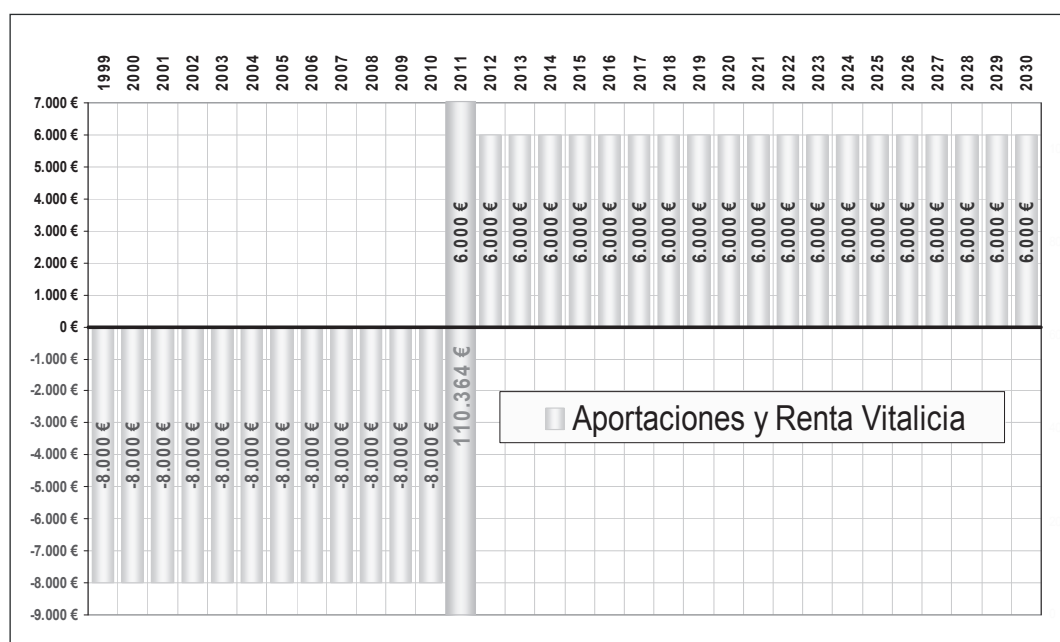
⁴⁴ Segundo párrafo del artículo 25.3 a) 4.º de la Ley 35/2006 del IRPF. (Rentas diferidas, vitalicias o temporales).

⁴⁵ Si la renta fue adquirida por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e inter vivos, se computa el rendimiento del ahorro cuando excedan del valor actual actuarial de las rentas en el momento de la constitución de estas.

⁴⁶ Artículo 19 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (**RIRPF**).

1. Las contingencias ⁴⁷ por las que se pueden percibir las prestaciones han de ser las previstas para los sistemas de previsión social.
2. Para que se considere que ha existido movilización de las provisiones del contrato de seguro es preciso que se hayan incumplido las limitaciones que, en relación con el ejercicio de los derechos económicos, establece la legislación de pensiones ⁴⁸ respecto a los seguros colectivos que instrumenten compromisos por pensiones de las empresas.

Por ejemplo, si en diciembre de 1999 se inició un seguro de vida con aportaciones de 8.000 euros al año, por el que se percibirán prestaciones por jubilación e invalidez ⁴⁹ en forma de renta vitalicia de 6.000 euros anuales a partir de 2011:



La suma aritmética de las primas pagadas asciende a 96.000 euros ⁵⁰, de manera que hasta 2026 (*cundo se cobre la decimosexta anualidad*) la suma de las anualidades cobradas es inferior al total de primas pagadas.

⁴⁷ Artículo 8.6 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. (RDLeg. 1/2002).

⁴⁸ Disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (TRLRFPF).

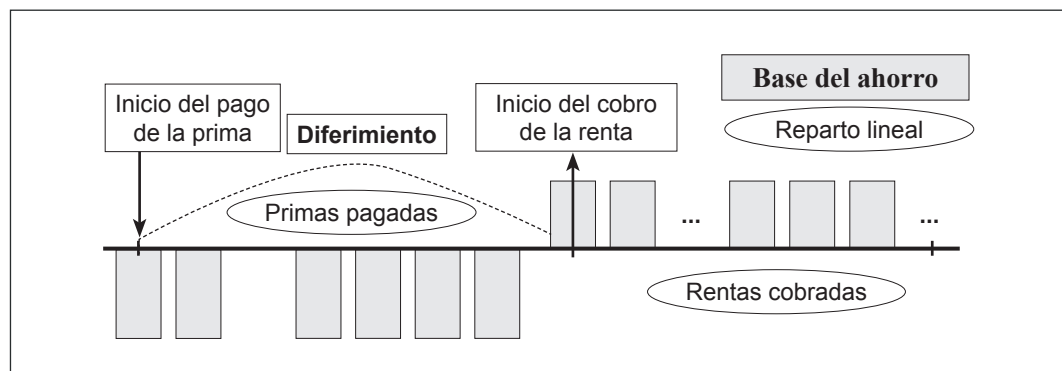
⁴⁹ Si este mismo seguro tributara según el régimen general, el beneficiario declarará un RCM de 14.364 euros (110.364 – 96.000) por el que pagará casi 2.900 euros y, además, en función de su edad en 2011, un porcentaje de los cobros recibidos cada año. En el siguiente epígrafe se analizan los planes individuales de ahorro sistemático, que eliminan la tributación del capital diferido.

⁵⁰ Es decir: 12 veces 8.000 euros. La **suma financiera** es de 110.364 euros, con un tipo de interés anual del 2,50 por 100.

Así, hasta ese año 2026 –si para entonces se mantuviera la fiscalidad actual– el beneficiario del contrato de seguro no tributará en el IRPF y será a partir de 2027 cuando tendrá que declarar como rendimiento de capital mobiliario el importe íntegro de la anualidad (6.000 euros) que cobre mientras viva.

5.2. Prestaciones en forma de capital que se destinan a la constitución de rentas

Cuando el contrato de seguros de vida o invalidez prevea prestaciones en **forma de capital**, si además recoge la posibilidad de que dicho capital ⁵¹ se destine a la constitución de rentas (*vitalicias o temporales*), su tributación coincide con el régimen general de las rentas diferidas ⁵² analizado, si bien, en ningún caso, resultará aplicable lo dispuesto cuando el capital se ponga a disposición del contribuyente por cualquier medio (*en cuyo caso, se consideran dos hechos imposables distintos, debiendo tributar el ahorro acumulado hasta el momento del cobro de la renta, como rendimiento de capital mobiliario*).



Artículo 25.3 a) 4.º Párrafo 1.º:

La rentabilidad acumulada (valor actual financiero-actuarial de la renta menos las primas pagadas) **se reparte linealmente** durante los 10 primeros años de cobro de la renta (vitalicias) o durante los años de duración de la renta, con un máximo de 10 (temporales).

En este sentido, la Ley del IRPF ⁵³ creó los **Planes Individuales de Ahorro Sistemático (PIAS)** como una nueva figura de seguros de vida-ahorro concertados con compañías de seguros para constituir –con los recursos aportados– una renta vitalicia ⁵⁴ asegurada, que gozará de la exención fiscal

⁵¹ Artículo 25.3 a) 6.º de la Ley 35/2006 del IRPF. (Seguros de vida o invalidez que prevean prestaciones en forma de capital).

⁵² Primer párrafo del artículo 25.3 a) 4.º de la Ley 35/2006 del IRPF. Para el cálculo del rendimiento se usan los porcentajes de las rentas inmediatas (*en función de edad o duración de la renta*), sumando la rentabilidad generada hasta la constitución de la renta.

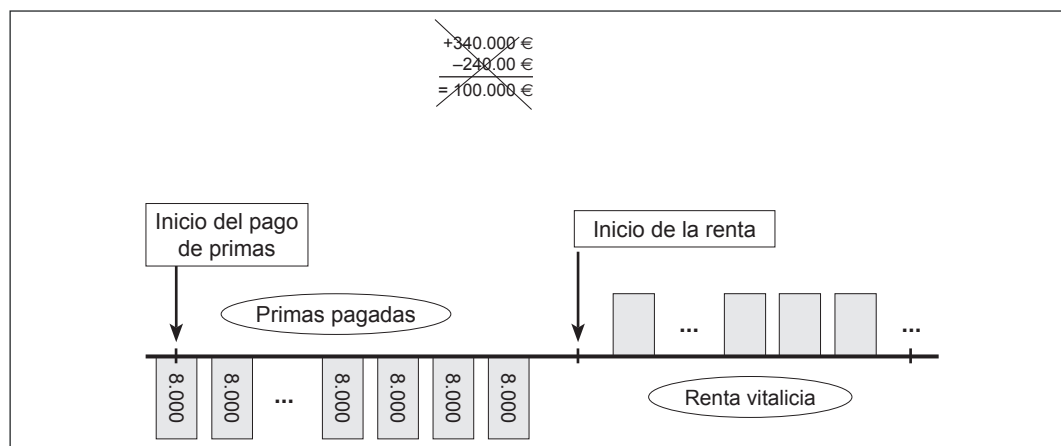
⁵³ Disposición adicional tercera (planes individuales de ahorro sistemático) y disposición transitoria decimocuarta (transformación de determinados contratos de seguros de vida en planes individuales de ahorro sistemático) (Ley 35/2006 IRPF).

⁵⁴ En los contratos de renta vitalicia se pueden establecer mecanismos de reversión o periodos ciertos de prestación o fórmulas de contraseguro en caso de fallecimiento, una vez constituida la renta vitalicia.

del ahorro acumulado hasta el inicio de la renta, siempre que se cumplan determinados **requisitos**, en particular que el tomador o contratante sea, además, asegurado y beneficiario del seguro de vida; que la primera prima satisfecha ⁵⁵ tenga una antigüedad superior a 10 años en el momento de la constitución de la renta; que en el contrato conste, *de forma expresa y destacada*, que se trata de un Plan de Ahorro Individual Sistemático (las siglas PIAS quedan reservadas para estos contratos ⁵⁶) y que se respeten los límites de aportaciones ⁵⁷ del tomador (que son independientes de los límites de aportaciones de sistemas de previsión social): máximo de 8.000 euros al año y máxima cuantía total acumulada de 240.000 euros por contribuyente.

En el supuesto de que el tomador del Plan de Ahorro Individual Sistemático lo rescatara antes de cumplirse el requisito de los 10 años, se perdería la ventaja fiscal por la parte rescatada ⁵⁸ y tributaría como rendimiento de capital mobiliario en la base del ahorro.

Si suponemos un PIAS iniciado al final de 2006 con aportaciones máximas durante 30 años. **Con la fiscalidad vigente en 2011**, en diciembre de 2036, el capital generado de 340.000 euros ⁵⁹ menos las primas pagadas (240.000 euros) generaría un rendimiento de capital mobiliario de 100.000 euros, que estaría exento en el IRPF por la constitución de la renta vitalicia.



Y la renta vitalicia tributaria (*a pesar de ser una renta diferida*) como cualquier renta inmediata vitalicia: en función de la edad del perceptor de la misma en el momento de su constitución (*diciembre de 2036 en este supuesto*).

⁵⁵ No especifica importe, por lo que podría abrirse un PIAS con 1 euro para que empiecen a contar los 10 años.

⁵⁶ No serán aptos para PIAS los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones (Planes de Previsión Social Empresarial), ni los instrumentos de previsión social que reducen la base imponible del impuesto. Sin embargo, los seguros y planes de jubilación constituidos antes de 2007 podrán transformarse en Planes de Ahorro Individual Sistemático.

⁵⁷ Las aportaciones del tomador pueden realizarse en un único pago anual (prima única) o de forma periódica a lo largo del año.

⁵⁸ Artículo 17. **Disposición parcial en contratos de seguro (RIRPF)**: En el caso de disposición parcial en contratos de seguro, para calcular el rendimiento de capital mobiliario se considerará que la cantidad recuperada corresponde a las primas satisfechas en primer lugar incluida su correspondiente rentabilidad (**FIFO**).

⁵⁹ Para un tipo de interés del 2,16 por 100 anual.

6. FISCALIDAD PROPUESTA

El análisis de la tributación pasada y presente de los seguros de ahorro permite proponer un sistema que, además de simple, promueva el ahorro a largo plazo, especialmente el destinado a la jubilación, en un momento en el que la gran mayoría ⁶⁰ de la población piensa que son necesarias medidas que complementen su **pensión pública**.

No es fácilmente comprensible que la fiscalidad del ahorro sea tan poco atractiva y que la Ley del IRPF de 2006 igualara el tratamiento de los instrumentos financieros, equiparando acciones, bonos, depósitos, fondos de inversión y seguros de ahorro, eliminando cualquier incentivo al ahorro a largo plazo.

El modelo propuesto incide en el **estímulo del ahorro** destinado a complementar las pensiones de la Seguridad Social y, en la línea de los Planes Individuales de Ahorro Sistemático, que cualquier capital que se convierta en renta vitalicia y que se cobre en la época de jubilación, quede exento de tributación.

Aceptando que las rentas del ahorro tributen a un **tipo fijo del 20 por 100** y, como el cómputo de los rendimientos de capital mobiliario de la base del ahorro se realiza por diferencia entre las prestaciones recibidas y las primas pagadas, se propone una **reducción** en función del plazo de mantenimiento de la inversión, es decir, entre el cobro y la realización de cada aportación.

Así, si la inversión se mantiene durante cinco años, el rendimiento de capital mobiliario se reduciría en un 25 por 100, rebaja que sería del 50 por 100 si el rescate espera hasta los 10 años y, como se puede ver en el siguiente cuadro, si un ahorrador mantiene su inversión durante 20 años, el rendimiento estaría totalmente exento en el IRPF.

Plazo	Reducción	Tipo del ahorro
Hasta 5 años	0%	20%
Entre 5 y 10 años	25%	15%
Entre 10 y 15 años	50%	10%
Entre 15 y 20 años	75%	5%
Más de 20 años	100%	0%

Aunque este trabajo se desarrolla sobre los seguros de supervivencia y su fiscalidad, parece lógico que este estímulo en el impuesto se extienda para cualquier producto financiero que se mantenga durante más de cinco años.

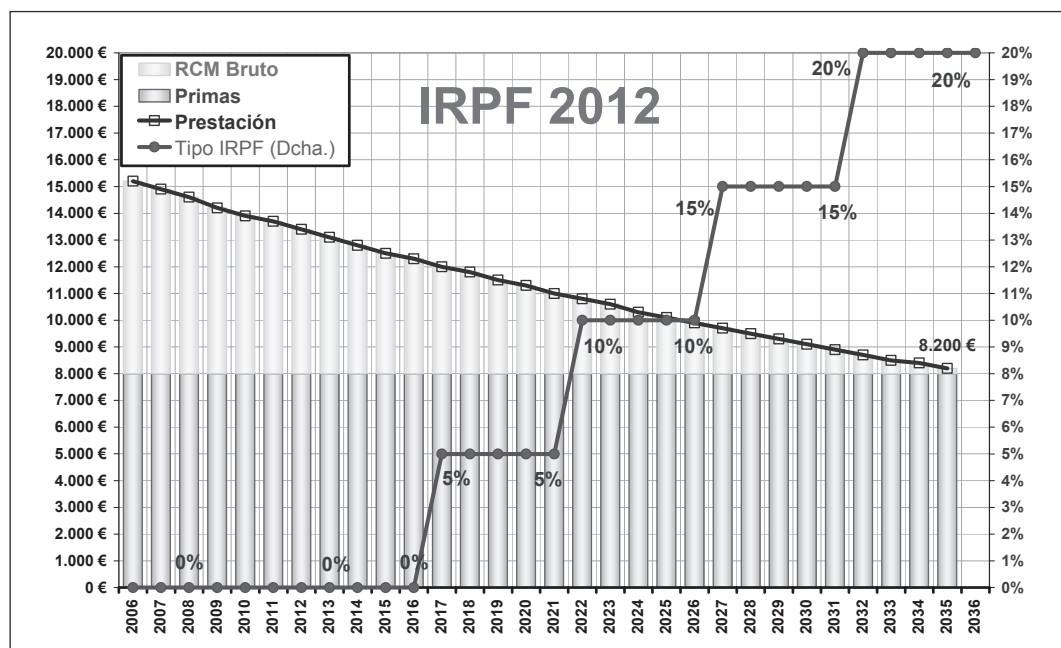
El tratamiento de las rentas, ya sean temporales o vitalicias (*aunque estas quedarían exentas a partir de la jubilación*), debería ser más *serio* que el actual. En pleno siglo XXI no tiene mucho sentido que el rendimiento de las anualidades cobradas se haga por la aplicación de un porcentaje

⁶⁰ Estudio MAPFRE (abril 2010): «Actitudes de los españoles ante la jubilación y la posible reforma de las pensiones».

que depende de la edad o de los años de la renta, pero que no deja de ser un cálculo «a capón» de las cuotas de interés que componen los términos de la renta.

Cualquier entidad aseguradora puede separar con precisión ⁶¹ las cuotas de intereses y las de capital, como en cualquier operación financiera de préstamos. El contribuyente debería recibir la información fiscal con el desglose de principal e intereses y, de esta forma, declarar como rendimientos exclusivamente los intereses cobrados.

En el siguiente gráfico se puede ver el detalle de las aportaciones señaladas en el apartado anterior (todas de 8.000 mil euros) y sus rendimientos generados en 2036 (30 años después), considerando esta vez que son inversiones independientes. Con el modelo propuesto se aprecia que el ahorro a muy largo plazo (*más de 20 años*) se percibe íntegro, lo que supone un gran aliciente para los ahorradores ya que los plazos más largos permiten asumir mayores riesgos ⁶².



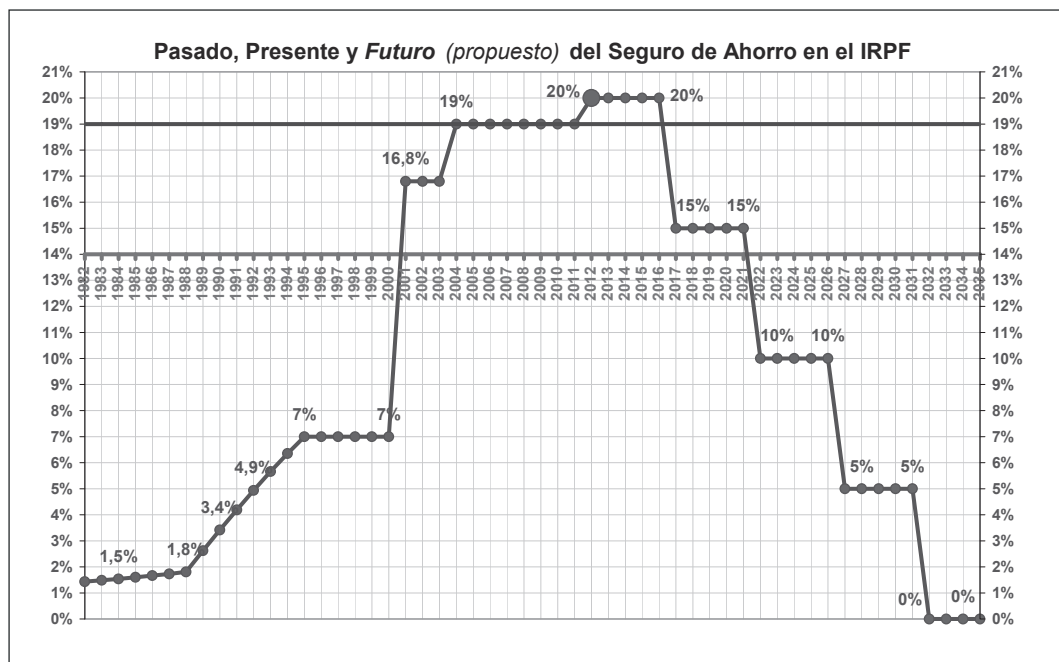
Y el siguiente gráfico resume lo expuesto en este trabajo, con la tributación que tendrían diferentes seguros de supervivencia rescatados en 2011:

- Los seguros con mucha antigüedad (anteriores a 1989) tributan por debajo del 2 por 100.
- Desde 1989 hasta 1994 el tipo efectivo de gravamen del ahorro va subiendo poco a poco.

⁶¹ Y sin ninguna dificultad. Otra cosa es que no esté interesada en dar mucha información sobre cómo *se cocinan* las rentas vitalicias.

⁶² Los inversores tendrán un incentivo *extra* por mantener sus inversiones en el largo plazo, de manera que estarán más dispuestos a invertir en activos de riesgo, suponiendo un estímulo para los mercados de renta variable.

- Los que se contrataron desde 1995 hasta 2000 tributan al 7 por 100.
- Los contratados desde 2001 hasta 2003 al 16,80 por 100.
- Desde 2004 hasta 2011 al 19 por 100 (y al 21, por el exceso sobre 6.000 euros).
- A partir de 2012, se presentan los tipos de gravamen bonificados según la permanencia de la inversión: desde un tipo del 20 por 100 que penaliza las inversiones a menos de cinco años, hasta la exención total por ahorros mantenidos más de 20 años.



7. CONCLUSIONES

Desde la entrada en vigor en 2007 de la Ley del IRPF, resulta evidente que la tributación de los seguros individuales de vida se ha simplificado enormemente.

Sin embargo, esta afirmación es cierta solo para los seguros contratados a partir de dicha fecha.

Tras un análisis empírico, se puede concluir que la fiscalidad de los seguros de vida-ahorro que se contrataron antes de la actual legislación y que, siguiendo su vocación de planes de jubilación, se iniciaron pensando en ahorrar a largo plazo, no tienen un tratamiento fiscal benigno.

Si bien los regímenes transitorios mantienen una menor tributación para los seguros que fueron contratados antes de 2006, y aún mejor si se contrataron antes de 1995 (especialmente los que se

firmaron antes del último día de 1988), los continuos cambios normativos han llevado mucha confusión a los ahorradores y son pocos los que en 2011 mantienen sus planes de jubilación iniciados en la década de los noventa.

La lógica del ahorro complementario de las pensiones públicas invita a buscar soluciones imaginativas que alienten el ahorro ⁶³ a largo plazo y, muy especialmente, la constitución de rentas vitalicias que mejoren los ingresos durante el periodo, cada vez más dilatado, de retiro.

Un modelo tributario que estimulara el ahorro en función del número de años que se mantenga la inversión, serviría —con toda seguridad— para mejorar la calidad de vida de los pensionistas ⁶⁴ y, simultáneamente, permitiría abordar importantes reformas del sistema público de pensiones de la Seguridad Social, que por la falta de concienciación de la población acerca de su situación financiera después de la jubilación (motivada por la clase política), se viene postergando año tras año.

⁶³ Sin penalizar el consumo, imprescindible para la recuperación económica.

⁶⁴ La de todos, en un futuro más o menos cercano.

LA CONCURRENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO CON EL CONCURSO DE ACREEDORES TRAS LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

SABINA DE MIGUEL ARIAS

*Doctora en Derecho.
Profesora Ayudante de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Zaragoza*

Extracto:

EL objeto del presente trabajo se centra en examinar la incidencia que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal conlleva en la regulación de la concurrencia del procedimiento de apremio tributario con otros procesos de ejecución universal, analizando, para ello, la evolución que ha sufrido la normativa atinente a esta concreta materia, así como los problemas que tradicionalmente se han planteado en torno a dicha cuestión.

Palabras clave: procedimiento de apremio y proceso concursal.

ADMINISTRATIVE ENFORCEMENT PROCEEDINGS AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS AFTER THE REFORM OF THE *LEY CONCURSAL*

SABINA DE MIGUEL ARIAS

*Doctora en Derecho.
Profesora Ayudante de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Zaragoza*

Abstract:

THE aim of this article is to analyse the *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal* and the consequences of that reform in the possible continuation of administrative enforcement proceedings when debtors have been called in bankruptcy proceedings. In order to examine that subject, we will describe the evolution of this regime and current legislation problems.

Keywords: enforcement administrative proceedings and bankruptcy proceedings.

Sumario

1. Introducción.
2. Antecedentes normativos.
3. Problemática existente hasta la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.
 - a) Los momentos objeto de comparación para la determinación de la preferencia procedimental.
 - b) La ejecución separada del crédito tributario.
 - c) La posibilidad de dictar la providencia de apremio tras la declaración del concurso.
4. Modificaciones previstas en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como es de sobra conocido, el procedimiento de apremio tributario, muestra indudable de la autotutela de que goza la Hacienda Pública, viene caracterizándose por su *carácter autónomo*, circunstancia esta última que impide acumularlo a procesos de ejecución en curso, estableciéndose, asimismo, que la iniciación o el desarrollo del apremio no se suspenderá por el comienzo de otras actuaciones ejecutivas (art. 163.2 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –en adelante, LGT–).

Siendo esta la regla general, ha de indicarse que la misma puede verse excepcionada en ciertos casos concretos, dado la que propia LGT da cabida, en su artículo 164, a diversas previsiones destinadas a resolver aquellas situaciones en las cuales el apremio tributario concurre con otros procesos de ejecución ¹. A estos efectos, la normativa tributaria ha venido distinguiendo entre los supuestos en que la concurrencia del procedimiento de apremio se produce con procedimientos de ejecución *singular*, de aquellos otros en que tiene lugar su concurso con un proceso de ejecución *universal*, dados los caracteres que cada uno de ellos presentan en la práctica.

En cualquier caso, es el segundo de los supuestos ahora citados el que mayor conflictividad comporta ², debido a la repercusión que sobre esta concreta materia tiene la normativa relativa a los concursos de acreedores, siendo un buen ejemplo de ello la modificación que a este respecto aparece contemplada en la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal* ³, la cual viene a incidir, de una forma patente, en la regulación de dicha cuestión.

A lo largo del presente trabajo, abordaremos los cambios previstos en la ley citada –cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2012–, analizando, para ello, tanto la evolución que ha sufrido la normativa atinente a la concurrencia del procedimiento de apremio con un proceso universal de ejecución, como la regulación prevista en las redacciones originarias de la LGT y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) y los problemas que en torno a la misma se han planteado.

¹ En relación con esta cuestión, resulta necesario recordar que la prioridad de un concreto procedimiento para continuar su curso ha de distinguirse de la *preferencia de los créditos* en sí misma considerada; de hecho, así lo viene a advertir el propio artículo 164.1 de la LGT al disponer que las reglas previstas para la concurrencia de procedimientos han de entenderse «Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza».

² En línea de principio, hemos de precisar que han sido numerosas las críticas existentes al hecho de que se permita a la Hacienda Pública la ejecución separada de su crédito en los supuestos de concurso de acreedores, pudiendo consultarse, en este sentido, los trabajos de MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al artículo 55 de la Ley Concursal», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 581; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 35 y DE LA PEÑA VELASCO, G.: «La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *Quincena Fiscal*, núm. 11, 2010, pág. 45.

³ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 245, de 11 de octubre de 2011.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

De acuerdo con el esquema que acaba de ser propuesto, la primera de las cuestiones que debe abordarse en el presente trabajo es la referente a la *evolución* que ha experimentado la regulación de la concurrencia del procedimiento de apremio con los procesos concursales.

En este sentido, la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT de 1963) no vino a realizar precisión alguna acerca de la materia analizada en este trabajo hasta la modificación operada en aquella por la Ley 25/1995, de 20 de julio. No obstante, con anterioridad a su plasmación en sede legal, la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con otros procesos ejecutivos venía siendo objeto de examen en el ámbito jurisdiccional.

En concreto, y en un primer instante, la doctrina conflictual se decantó por la no aplicación del artículo 9 de la **Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos**⁴ al procedimiento administrativo de apremio, determinando lo anterior, que los apremios en curso no se paralizaran por la declaración de suspensión de pagos, admitiéndose también su inicio tras esta última⁵.

En un momento ulterior, el criterio ahora aludido fue objeto de modificación, de manera que los decretos resolutorios de cuestiones de competencia posteriores vinieron a precisar que el apremio solo resultaba preferente en los supuestos en que la Administración tributaria hubiese *embargado bienes con anterioridad* a la suspensión de pagos, aplicándose, por tanto, la regla general relativa a la prioridad de las trabas⁶.

Una vez indicado lo anterior, y en lo que a la regulación tributaria atañe, la redacción originaria de la LGT de 1963, como ya ha sido advertido, no incluyó precepto alguno referente a esta concreta materia —a salvo del reconocimiento del principio general de *no suspensión* de los procedimientos de apremio (art. 136.1)—, siendo la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969 (Decreto 2260/1969, de 24 de julio) la norma que vino a señalar, en su artículo 49.2, que «*El procedimiento de apremio no será acumulable a los judiciales, ni se suspenderá aunque el deudor comerciante haya solicitado declaración de hallarse en suspensión de pagos o el deudor no comerciante haya solicitado judicialmente de sus acreedores quita o espera, o ambas cosas, presentándose en concurso de acreedores*»⁷.

⁴ A tenor de los dos últimos párrafos del artículo citado en el texto: «*Los juicios ordinarios y los ejecutivos en que no se persigan bienes especialmente hipotecados o pignorados, que se hallaren en curso al declararse la suspensión de pagos, seguirán su tramitación hasta la sentencia, cuya ejecución quedará en suspenso mientras no se haya terminado el expediente. Desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los Interventores, mientras esta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado*» (la letra normal es nuestra).

⁵ Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario: Aspectos sustantivos y procedimentales*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 130; PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.: «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, pág. 219. En esta línea, puede citarse el Decreto de competencia de 11 de mayo de 1932.

⁶ Cfr. GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario: Aspectos sustantivos y procedimentales*, op. cit., pág. 132. En este sentido, puede consultarse el Decreto de competencia de 2 de noviembre de 1967 [RJ 1967, 5395].

⁷ La letra normal es nuestra.

Sin perjuicio de lo que acaba de ser indicado, fue el Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (en adelante, RGR de 1990) el que previó en sede normativa una regla precisa para dar solución a los supuestos de concurrencia del procedimiento de apremio con procesos de ejecución universal. En este sentido, el artículo 95 de dicho texto reglamentario vino a establecer, en estos casos, que «la preferencia para la continuación en la tramitación del procedimiento vendrá determinada por la prioridad en el tiempo de los mismos con arreglo a las siguientes reglas [...]. a) En los procedimientos administrativos de apremio se estará a la fecha de la providencia de embargo. b) En los procedimientos de ejecución o concursales universales, se estará a la fecha de la providencia de admisión en los supuestos de quita y espera y suspensión de pagos, a la del auto de declaración en los de concurso de acreedores y quiebras y a la de la resolución con que se inicie el procedimiento de ejecución en los demás casos».

Un criterio similar al que acaba de ser descrito se plasmó en la LGT de 1963 tras la reforma operada en esta última por la Ley 25/1995, de 20 de julio. A estos efectos, a raíz de la citada modificación legal, la letra b) del artículo 129.3 de la LGT entonces vigente vino a señalar que, en el caso de concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución universal, aquel tendría preferencia para la ejecución de los bienes o derechos que hubieran sido *objeto de embargo* en el curso del mismo, siempre que dicha traba se hubiese realizado con anterioridad a la fecha de inicio del proceso concursal⁸.

En términos generales, y de acuerdo con la normativa tributaria ahora comentada, la preferencia del procedimiento de apremio se hacía depender de que la efectiva *traba* de los bienes o derechos de los obligados tributarios hubiera sido practicada en un instante previo al inicio del proceso de ejecución universal. En concreto, la doctrina afirmó que la fecha a tomar en consideración para determinar la preferencia era la de *emisión de la diligencia de embargo*—no la de la providencia de embargo—, por ser este el momento en que se entiende producida la afección de los elementos patrimoniales⁹.

3. PROBLEMÁTICA EXISTENTE HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 38/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

Una vez examinados los antecedentes de la regulación de la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procesos de ejecución universal, resulta preciso centrarnos en la normativa

⁸ De conformidad con dicho precepto: «Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en el caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas: [...] b) En los supuestos de concurrencia del procedimiento de apremio con procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, aquel procedimiento tendrá preferencia para la ejecución de los bienes o derechos que hayan sido objeto de embargo en el curso del mismo, siempre que dicho embargo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de inicio del proceso concursal».

⁹ Cfr. VILLAR EZCURRA, M.: «Algunas notas sobre la posición acreedora de la Hacienda Pública en las quiebras en el contexto de la reforma concursal», *Quincena Fiscal*, núm. 15, 2002, pág. 11; SÁNCHEZ PINO, A.J.: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2004, págs. 13 y 14; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, op. cit., pág. 33. Ya entre la jurisprudencia, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 7 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2206] y 23 de marzo de 1998 [RJ 1998, 7461].

aplicable hasta el 1 de enero de 2012, momento este en que entrará en vigor la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC.

Así, y en lo que al ámbito tributario respecta, el artículo 164.1 de la LGT –en su redacción originaria– vino a establecer que «en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas: [...] b) Cuando concorra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que la providencia de apremio se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso», indicando el apartado segundo de dicho precepto que «En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, en su caso, en la Ley General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del periodo ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso»¹⁰.

Por su parte, el artículo 55.1 de la LC vino a precisar, a estos efectos, que «Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor»; no obstante, «Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio [...] con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor»¹¹.

Como puede observarse –a pesar de las discrepancias existentes entre los preceptos ahora transcritos¹²–, dicha regulación introdujo un importante cambio respecto de la inmediatamente anterior, dado que la preferencia del procedimiento de apremio vino a establecerse en atención a la fecha de la *providencia* del mismo nombre y no del embargo de los bienes y derechos del deudor¹³. Siendo esto así, resulta patente que se produjo la anticipación del momento del procedimiento de apremio

¹⁰ A estos efectos, llama la atención el hecho de que la LGT se refiera, de forma separada, a los procesos universales, por un lado, y a los concursales, por otro, como si los mismos fueran distintos, dado que –sabido es– la LC ha venido a unificar todos ellos en el denominado concurso de acreedores. Por su parte, PÉREZ-CRESPO PAYÁ [«La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales», *op. cit.*, págs. 224 y 225] ha estimado que la regla del artículo 164.1 b) de la LGT resultaba aplicable a los procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución diferentes a los derivados de la LC, esto es, a los anteriores a la entrada en vigor de este último texto legal, habiéndose pronunciado en idéntico sentido el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 24 de mayo de 2006 [AC 2006, 1261].

¹¹ Junto a ello, y en términos generales, el apartado segundo del artículo 55 de la LC señala que «Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos».

¹² En opinión de PÉREZ DE VEGA [«Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *Carta Tributaria*, núm. 13, 2005, pág. 8], la razón de esta defectuosa técnica legislativa y de redacción se encuentra en la falta de coordinación en las tramitaciones parlamentarias de la LGT y la LC. En este sentido, la LGT no incorporó la redacción propuesta por la disposición adicional undécima de la LC –que modificaba el art. 129 de la LGT de 1963– en lo que se refiere a la concurrencia de los procedimientos.

¹³ En este punto, es de destacar que en el Proyecto de LGT se mantenía la regla establecida en el RGR de 1990, previéndose la prioridad del procedimiento de apremio cuando la *providencia de embargo* emitida en su seno fuera anterior a la fecha de declaración del concurso; así, fue con ocasión de la tramitación parlamentaria de la citada ley cuando se introdujo la mención a la fecha de la providencia de apremio en orden a establecer la preferencia del procedimiento del mismo nombre, y ello con el objeto de adaptar dicho texto a la regulación de la LC.

a considerar para fijar la citada preferencia, conllevando ello un beneficio para la Administración tributaria en comparación con lo previsto en la LGT de 1963 ¹⁴.

Con el objeto de abordar las distintas deficiencias que presenta la regulación ahora aludida en lo que a esta cuestión respecta, analizaremos, en primer término, la problemática que suscitan los instantes a comparar para la determinación de la preferencia procedimental, para centrarnos, acto seguido, en el examen de los efectos derivados de la prioridad del procedimiento de apremio tributario, así como en la posibilidad de dictar la providencia de apremio tras la declaración del concurso.

a) Los momentos objeto de comparación para la determinación de la preferencia procedimental

De conformidad con los preceptos transcritos en el epígrafe precedente, para determinar la preferencia del procedimiento administrativo de apremio en los supuestos de concurrencia con un proceso concursal, hasta el instante en que entre en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, deben compararse *dos momentos* diversos: la fecha de la declaración del concurso y la fecha de la providencia de apremio, regla esta que presenta problemas de distinta índole que pasamos a exponer a continuación.

A este respecto, y en lo que al procedimiento de apremio concierne, aunque de los términos en que se expresan los artículos 164.1 b) de la LGT y 55.1 de la LC pudiera pensarse que ha de prevalecer la fecha de la *emisión* de la providencia de apremio, la doctrina ha venido entendiendo, de manera acertada, que la prioridad debe establecerse conforme a la fecha de *notificación* del referido documento, puesto que solo en dicho instante se considera iniciado el citado procedimiento, según indica el artículo 167.1 de la LGT ¹⁵.

Por su parte, y ya en lo que se refiere a la *declaración del concurso*, esta se produce en el momento en que se dicte el respectivo *auto* por el juez competente para ello ¹⁶. No obstante, la remisión a dicha fecha podría presentar problemas en determinadas circunstancias, y así lo ha venido a advertir DE LA PEÑA VELASCO ¹⁷, quien ha examinado esta cuestión distinguiendo, a estos efectos,

¹⁴ En opinión de MARÍN LÓPEZ [«Comentario al artículo 55 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pág. 581], que sea la fecha de la providencia de apremio la que establece la preferencia ha de ser duramente criticado, pues conlleva que todo procedimiento de apremio iniciado quede al margen del concurso, colocando a la Administración pública en una posición muy ventajosa, hecho este que amenaza la eficacia de la institución concursal.

¹⁵ PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.: «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales», *op. cit.*, págs. 225 y 226; CASCAJERO SÁNCHEZ, Á.: «Actuaciones y procedimientos de recaudación», en AA.VV., *Ley General Tributaria. Comentarios y casos prácticos*, Registro de Economistas Asesores Fiscales-Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, págs. 700 y 701; PITA GRANDAL, A.M.^a, «Algunas consideraciones sobre los créditos tributarios en la Ley Concursal», en AA.VV., *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, tomo I, Lex Nova, Valladolid, 2005, pág. 793; PÉREZ DE VEGA, L.M.^a, «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.*, pág. 11; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 38; DE LA PEÑA VELASCO, G.: «La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, págs. 24 y 25.

¹⁶ En concreto, la determinación de la fecha del auto de declaración del concurso no presenta problemas, pues el mismo se comunica a los acreedores y se anuncia en el Boletín Oficial del Estado (arts. 21.4 y 23 LC). En cualquier caso, ha de señalarse que la fecha a tomar en consideración será la de la declaración del concurso y no la de su notificación por parte del Juzgado (Auto de la Audiencia Provincial de León de 8 de marzo de 2010 [AC 2010, 369]).

¹⁷ *Vid.* DE LA PEÑA VELASCO, G.: «La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, págs. 26 y 27.

entre el concurso voluntario y el necesario. En concreto, y en el primero de los casos mencionados, el juez del concurso dicta el correspondiente auto el mismo día de la solicitud de concurso o en el inmediato hábil siguiente (arts. 13 y 14 LC), si bien, cuando la declaración de concurso se demore, resultaría más adecuado considerar como momento que otorga la preferencia al procedimiento concursal aquel en que se instó la citada *solicitud* de forma completa ¹⁸.

A su vez, a idéntica solución ha de llegarse en el supuesto de concurso necesario, dado que este último puede ser declarado tras un cierto lapso de tiempo después de la presentación de la solicitud (arts. 15 y ss. LC). Así, en los casos ahora descritos la Hacienda Pública –concedora de la solicitud de concurso (arts. 164.3 LGT)– podría proceder a dictar la providencia de apremio con anterioridad a la emisión del auto por parte del juez, hecho este que sitúa al acreedor que ha instado la referida solicitud en una posición de desventaja, dado que le obliga a plantear tercerías de mejor derecho para mantener la posición jurídica de su crédito ¹⁹.

Ya desde otro punto de vista, si bien la mención relativa a la declaración del concurso no comporta problemática alguna, no sucede lo mismo en lo que concierne a la alusión a la *providencia de apremio* dictada en el respectivo procedimiento tributario. Como es sabido, dicho documento da inicio al procedimiento de apremio, pero ello no implica que comiencen las actuaciones ejecutivas sobre el patrimonio del deudor, sino que, por el contrario, se otorga un nuevo plazo para que el obligado tributario proceda al pago del débito (art. 62.5 LGT), transcurrido el cual podrán ejecutarse las garantías existentes o trabar bienes o derechos en cuantía suficiente para cubrir la deuda tributaria (art. 167.4 LGT). Siendo esto así, resulta del todo criticable que se determine la preferencia del procedimiento de apremio en atención a la referida providencia, pues esta última no conlleva afección material alguna del patrimonio del obligado al pago, circunstancia esta que no se produce hasta el instante en que el órgano competente embargue un bien o derecho concreto, formalizando la correspondiente diligencia.

En este sentido, entre la doctrina han sido prácticamente unánimes las *críticas* a la regulación acerca de esta cuestión, dado que vienen a compararse dos momentos que *no pueden reputarse homogéneos* –inicio del procedimiento de apremio tributario y declaración de concurso–, en tanto en cuanto el primero de ellos no comporta la afección del patrimonio del obligado tributario ²⁰.

Además, tal norma dista de encontrar un fundamento razonable; en primer término, porque la LGT incorpora dos reglas diversas en función de que el procedimiento de apremio concorra con procedimientos singulares o universales, habiendo advertido al respecto PÉREZ-CRESPO PAYÁ que «No se alcanza a comprender el porqué de la elección de dos momentos diferentes en el caso de concurrencia de procedimientos universales y singulares pues hasta la fecha la concurrencia de los procedimientos

¹⁸ En este mismo sentido se ha manifestado RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, op. cit., pág. 36. Acerca de esta cuestión, puede consultarse también el trabajo de PÉREZ ROYO, F.: «El privilegio general de los créditos tributarios en el concurso (según la "interpretación auténtica" contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, pág. 219.

¹⁹ SÁNCHEZ PINO, A.J.: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», op. cit., pág. 17; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, op. cit., pág. 37; DE LA PEÑA VELASCO, G.: «La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», op. cit., pág. 27.

²⁰ Entre otros, SÁNCHEZ PINO, A.J.: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», op. cit., pág. 16; GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Á.: «El crédito tributario en la Ley Concursal», *Tribuna Fiscal*, núm. 175, 2005, pág. 18 y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, op. cit., págs. 37 y 38.

universales se resolvía siempre como una concurrencia de ejecuciones sobre bienes singulares»²¹. Así, hubiera resultado más correcto que se empleara en ambos casos –ejecuciones universales y singulares– un criterio idéntico para determinar el procedimiento preferente, cual es el momento de la realización del embargo²².

Por otro lado, y ya en segundo lugar, el artículo 55.1 de la LC viene a referirse también a la concurrencia de *ejecuciones laborales* con procesos concursales, estableciéndose en este punto que pueden continuar «las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso». En consecuencia, la regla a aplicar resulta distinta en función de que nos encontremos ante un procedimiento de apremio administrativo o una ejecución laboral, lo cual carece de toda lógica²³.

En cualquier caso, y a pesar de las fundadas críticas que ha suscitado la referida normativa, en aplicación de la misma la Administración tributaria podrá continuar el procedimiento de apremio cuando se haya notificado la providencia de idéntico nombre con anterioridad a la declaración del concurso, si bien entendemos que, ante una posible igualdad de fechas, será el proceso concursal el que goce de preferencia²⁴. Y, a la inversa, la ejecución universal resultará preferente en aquellas situaciones en que la declaración de concurso sea previa al momento en que tenga lugar la notificación de la referida providencia, pues, no en vano, el primer efecto derivado de dicha declaración es la paralización de las acciones de ejecución individuales promovidas por los diversos deudores contra el patrimonio del concursado (art. 55.2 LC).

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que un sector doctrinal ha abogado por realizar una interpretación diferente de la normativa aplicable, precisando que la prioridad del procedimiento de apremio se produce solo cuando se ha practicado un *embargo* en un instante previo a la declaración del concurso²⁵. En idéntica línea, existen pronunciamientos de los Juzgados de lo Mercantil que han atendido, a la hora de dirimir la citada preferencia, a la existencia de una traba administrativa previa al procedimiento concursal²⁶, exigiendo, por tanto, un *doble requisito* para reconocer el derecho de

²¹ PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.: «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales», *op. cit.*, pág. 225.

²² En este mismo sentido se ha pronunciado DE LA PEÑA VELASCO, G.: «La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, pág. 24.

²³ Dicha diferencia podría encontrar su razón de ser, como ha indicado PÉREZ ROYO [«El privilegio general de los créditos tributarios en el concurso (según la "interpretación auténtica" contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)», *op. cit.*, pág. 219], en el hecho de que «la Agencia Tributaria fue más hábil que la Tesorería de la Seguridad Social en las negociaciones que condujeron al texto de la Ley Concursal».

²⁴ PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.: «La Hacienda Pública y las situaciones concursales», en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 737; PÉREZ DE VEGA, L.M., «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.*, pág. 11. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 26 de octubre de 1987 [RJ 1987, 8725].

²⁵ Cfr. SANCHO GARGALLO, I.: «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, pág. 206; PRENDES CARRIL, P.: «Concurrencia de ejecuciones: apremio administrativo y concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, pág. 579; LAFUENTE TORRALBA, A.: «Concurso y ejecución singular: una relación difícil», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pág. 581.

²⁶ Autos de los Juzgados de lo Mercantil de La Coruña de 19 de mayo de 2006 [AC 2006, 2104], Barcelona de 24 de mayo de 2006 [AC 2006, 1261] y Madrid de 15 de febrero de 2010 [AC 2010, 1307] y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

ejecución separada de la Hacienda Pública: que la providencia de apremio se haya dictado con anterioridad a la declaración del concurso y que se hayan embargado bienes del ejecutado antes de esta última –a lo que habrá que añadir, asimismo, que dichos elementos patrimoniales no resulten necesarios para la continuidad de la actividad económica–.

No obstante, y dado el tenor literal de la redacción originaria de los artículos 164.1 b) de la LGT y 55.1 de la LC, entendemos que la preferencia del procedimiento de apremio debería determinarse exclusivamente en función de la fecha de emisión de la providencia de apremio, pudiendo la Administración tributaria llevar a cabo la traba de elementos patrimoniales del deudor una vez declarado el concurso. En este sentido, ha de tomarse en consideración que es posible que, antes de tal declaración, los órganos de recaudación hayan emitido y notificado al deudor la correspondiente providencia de apremio, pero sin proceder al embargo de bienes; en estos supuestos, y de seguirse la interpretación expuesta en el párrafo precedente, la Hacienda Pública no podría proseguir el procedimiento de apremio, a pesar de que, en teoría, el mismo resulte preferente ²⁷.

b) La ejecución separada del crédito tributario

Una vez examinados los problemas que ha venido comportando la determinación de los instantes a tomar en consideración en orden a precisar la preferencia de las distintas ejecuciones concurrentes, y siguiendo el esquema antes propuesto, hemos de centrar nuestra atención en las dificultades que presenta la continuación del procedimiento de apremio tributario tras ser constatada su prioridad ²⁸. En concreto, analizaremos en el presente epígrafe los bienes que pueden ser objeto de traba por los órganos de la Hacienda Pública, las actuaciones que la Administración tributaria está facultada a realizar en el respectivo procedimiento una vez declarado el concurso, así como la cuantía que alcanza el débito tributario objeto de ejecución en estas situaciones.

En lo que a la primera de las referidas materias concierne, deben remarcarse las diferencias existentes al respecto entre las regulaciones concursal y tributaria que ahora se examinan, puesto que, en esta última, la preferencia del apremio administrativo no tiene limitado su ámbito objetivo, mientras que, en la LC, la citada prioridad depende de que los bienes trabados *no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado* (art. 55.1 *in fine*) ²⁹.

de Álava de 28 de enero de 2005 [AC 2006, 301]. En contra de dicha interpretación puede consultarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de febrero de 2009 [AC 2009, 966].

²⁷ En este sentido ha venido a manifestarse DE LA PEÑA VELASCO [«La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, págs. 30 y 31] para quien tal interpretación «conduciría a vaciar de contenido la excepción contemplada en el artículo 55 de la Ley Concursal en todos aquellos casos en los que el procedimiento de apremio se haya iniciado antes de la declaración concursal pero sin que a dicha fecha se haya producido embargo alguno».

²⁸ En relación con esta cuestión, ha de tomarse en consideración que, aunque la Administración tributaria tenga derecho a la ejecución separada de su crédito, ello no tiene por qué evitar que aquella insinúe el mismo en el proceso concursal [VILLAR EZCURRA, M.: «Algunas notas sobre la posición acreedora de la Hacienda Pública en las quiebras en el contexto de la reforma concursal», *op. cit.*, págs. 11 y 12]. Sobre este particular nos remitimos al trabajo de SÁNCHEZ PINO, A.J.: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *op. cit.*, pág. 20.

²⁹ SÁNCHEZ PINO, A.J.: «Algunos problemas que se suscitan en la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, págs. 336 y 337. Acerca de la aplicabilidad de la citada limitación al apremio administrativo consúltese el trabajo de DE LA PEÑA VELASCO, G.: «La

En consecuencia, a la hora de analizar la *problemática* de la concurrencia del apremio tributario con un proceso de ejecución universal, no solo resulta necesario fijar en qué casos es preferente el procedimiento administrativo, sino que ha de precisarse, adicionalmente, cuándo es posible llevar a cabo el embargo de los bienes y derechos del obligado tributario (puesto que dicha prioridad no siempre otorga tal posibilidad), cuestiones ambas a cuya adecuada resolución no colaboran las dificultades interpretativas que plantean las normativas tributaria y concursal.

En este sentido, lo cierto es que la propia dicción del artículo 55.1 de la LC induce a confusión, dado que, aunque el momento para determinar la preferencia queda cifrado, como sabemos, en la fecha de la providencia de apremio, dicho precepto hace referencia, acto seguido, a que los *bienes objeto de embargo no resulten necesarios* para la actividad empresarial o profesional del concursado. De este modo, y dado que la citada providencia no conlleva la afección de bienes concretos, habrá que esperar al instante en que proceda a dictarse la correspondiente *diligencia de embargo* para precisar si será aplicable la limitación ahora examinada y, por tanto, si el procedimiento administrativo puede o no continuar ³⁰.

En cualquier caso, el legislador ha introducido una cautela en lo que a la posibilidad de realizar la traba respecta, cual es que las ejecuciones singulares no impliquen la desaparición del patrimonio empresarial preciso para la continuidad de la empresa, debiendo levantarse los embargos realizados sobre aquel, pues su prosecución se encuentra sancionada con la *nulidad de pleno derecho* (art. 55.3 LC) ³¹.

Siendo esto así, hemos de examinar qué se entiende por *bienes necesarios* para la continuidad de la actividad del concursado, cuestión esta que dista de resultar sencilla y que habrá de determinarse en función de las circunstancias propias de cada supuesto concreto ³². En este punto, DUPUY LÓPEZ ha indicado que se distinguen *dos tesis* en relación con la limitación recogida en el segundo párrafo del artículo 55.1 de la LC: la primera, de acuerdo con la cual dicho precepto excluye la traba de los inmuebles u objetos precisos para el desarrollo de la actividad del concursado; y, la segunda, que admite que la restricción pueda afectar también al embargo de dinero ³³. No obstante, a nuestro juicio, ha de man-

ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, págs. 36 y 37 y, sosteniendo la tesis contraria, el de MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al artículo 55 de la Ley Concursal», *op. cit.*, págs. 579 y 580.

³⁰ SÁNCHEZ PINO, A.J.: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *op. cit.*, pág. 16; GARCÍA FERNÁNDEZ, E.: «La defensa del crédito público pese a la nueva Ley Concursal», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2006, pág. 14.

³¹ A estos efectos, RUBIO SOLER [«La recaudación en la nueva LGT», en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 650] ha estimado que la citada previsión también afectará a los procedimientos de apremio que se encuentren en estado avanzado, incluso con los bienes ya trabados, debiendo procederse en estos casos al levantamiento de los embargos practicados.

³² En concreto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de mayo de 2008 [JUR 2008, 339455] ha indicado que la determinación de dicha necesidad ha de llevarse a cabo en atención a la situación individualizada del deudor de que se trate, eludiendo criterios de carácter abstracto. A su vez, la Sentencia del mismo órgano de 21 de septiembre de 2009 [JUR 2009, 436716] ha advertido que la fijación de la necesidad de los bienes es una cuestión de hecho, sometida al principio de aportación de parte, correspondiendo la carga de la prueba al deudor. Ya en el ámbito doctrinal, DE LA PEÑA VELASCO [«La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, págs. 40 y 41] ha venido a señalar que «el juicio sobre la necesidad de un determinado bien para la continuidad de la actividad [...] habrá de llevarse a cabo por comparación entre el concreto bien que se pretende embargar y la trascendencia que ello tenga para la continuidad de la actividad en ese momento y sobre la base de las circunstancias de todo orden (coyuntura económica general, inflación, disponibilidad del crédito, situación financiera de la empresa, etc.) concurrentes en la fecha del embargo».

³³ DUPUY LÓPEZ, A.: «Las obligaciones tributarias ante el concurso de acreedores», *Impuestos*, núm. 5, 2010, pág. 25. A estos efectos, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 29 de septiembre de 2006 [JUR 2007, 368573] hace

tenerse una interpretación estricta acerca de qué bienes se consideran necesarios, puesto que, en otro caso, se vaciaría de contenido el derecho de ejecución que corresponde a la Administración ³⁴.

Por otra parte, hemos de remarcar el hecho de que la «necesidad» de unos concretos bienes no puede equipararse a la «afección» de los mismos a una actividad empresarial ³⁵; en este sentido, el concepto citado en primer lugar exige no solo que los elementos patrimoniales estén dedicados a una determinada actividad económica, sino que además resulten imprescindibles o muy convenientes, de manera que sin ellos no sea posible la prosecución de aquella o tal continuidad se produzca en condiciones deficientes ³⁶.

En suma, los efectos derivados de la prioridad del procedimiento de apremio quedan supeditados, desde un punto de vista objetivo, a que los bienes que se traben no resulten necesarios para el normal desarrollo de la actividad profesional o empresarial del concursado; no obstante, la limitación apuntada no será aplicable, a nuestro juicio, cuando se constate que aquella no va a gozar de continuidad ³⁷, permitiéndose, en estos casos, la traba de los bienes arriba referidos ³⁸.

Por lo demás, de acuerdo con el criterio mantenido hasta ahora por la práctica totalidad de la doctrina y la jurisprudencia, la necesidad de los bienes trabados para la actividad del deudor deberá ser

alusión a nulidad de la traba de la totalidad de los créditos debidos por los deudores del concursado, dada la necesidad de dichos bienes para la continuación de la actividad económica; por otro lado, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 6 de septiembre de 2008 [JUR 2009, 82175] ha venido a declarar la nulidad del embargo de dinero practicado por la misma razón antes aludida, y, por fin, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 6 de octubre de 2010 [JUR 2010, 354224] se refiere a la necesidad de los inmuebles que integran una promoción de viviendas. Por su parte, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de La Coruña de 12 de junio de 2006 [JUR 2007, 368580] hace mención a la posibilidad de practicar el embargo de dinero ante la escasa entidad de aquel.

³⁴ Consúltese, en esta línea, el trabajo de VALERO LOZANO, N.: «La Ley General Tributaria y la normativa concursal», en AA.VV., *La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria. XLIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales-Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2005, pág. 182. Además, también se refiere a la necesidad de realizar una interpretación estricta de dicha previsión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de septiembre de 2009 [JUR 2009, 436716].

³⁵ En esta línea, consideramos acertada la opinión de RODRÍGUEZ MÁRQUEZ [*La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 42] cuando afirma que «todos los bienes necesarios estarán afectos, pero no todos los que tienen esta cualidad serán indispensables para garantizar el mantenimiento de la actividad empresarial». Ya en el ámbito jurisprudencial se pronuncia, en idéntico sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Álava de 28 de enero de 2005 [AC 2006, 301]. Por el contrario, los Autos del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 22 de julio de 2005 [AC 2005, 1249] y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2007 [JUR 2007, 204326] han entendido que el concepto de bien necesario resulta más amplio que el de elemento afecto. En relación con las críticas que merece dicha postura nos remitimos a la obra de RODRÍGUEZ MÁRQUEZ arriba citada.

³⁶ SANCHO GARGALLO, I.: «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», *op. cit.*, pág. 208; LAFUENTE TORRALBA, A.: «Concurso y ejecución singular: una relación difícil», *op. cit.*, pág. 583.

³⁷ No obstante, tal regla sí será aplicable cuando en fase de liquidación se proceda a la enajenación de unidades productivas en funcionamiento que supongan la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 149.1.1.º LC) [LINARES GIL, M.: «Jurisdicción del juez del concurso y autotutela administrativa», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, 2008, pág. 166].

³⁸ Cfr. VALERO LOZANO: «La Ley General Tributaria y la normativa concursal», *op. cit.*, pág. 183; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 43; HERNÁNDEZ VERGARA, A. y HERRERO DE EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M.: «Artículos 160 a 177 de la LGT», en HERRERO DE EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M. (coord.): *Comentarios a la Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 1.076. Así lo han venido a advertir, a su vez, los Autos de la Audiencia Provincial de Lugo de 18 de mayo de 2006 [JUR 2006, 198743] y de los Juzgados de lo Mercantil de Vizcaya de 22 de marzo de 2005 [AC 2005, 247] y Alicante de 23 de marzo de 2006 [AC 2006, 372].

determinada por el *juez del concurso*³⁹, en virtud de su competencia exclusiva y excluyente acerca de la ejecución del patrimonio del concursado (art. 8.3.º LC)⁴⁰. En estos supuestos, por tanto, la Administración habrá de poner en conocimiento del susodicho juez la traba de ciertos elementos patrimoniales, para que sea este quien concrete si los mismos son necesarios o no conforme a la normativa concursal⁴¹.

Centrándonos ya en las actuaciones que la Administración está facultada a realizar una vez verificada la preferencia del apremio tributario, y dejando a salvo la antedicha limitación, el procedimiento podrá desarrollarse, a nuestro juicio, hasta su terminación, lo cual implica, como ya hemos indicado, la posibilidad de *proceder ejecutivamente sobre los bienes y derechos del deudor*⁴².

Así, en nuestra opinión, la preferencia del apremio tributario afecta a *todo el patrimonio del concursado*, puesto que, como es sabido, la providencia de apremio no conlleva la traba de un determinado bien o derecho, sino que se limita a prevenir dicha actuación para el caso de que no se realice el ingreso correspondiente en el plazo establecido a tal efecto⁴³. Empero, y como ya hemos señalado en un instante anterior, un sector de la doctrina ha venido a defender que la prioridad del procedimiento de apremio se produce solo sobre los bienes que hubieran sido *objeto de afección* por los órganos administrativos con anterioridad a la declaración del concurso⁴⁴.

³⁹ PÉREZ DE VEGA, L.M.^a, «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.*, pág. 10; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 44; PRENDES CARRIL, P.: «Concurrencia de ejecuciones: apremio administrativo y concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 580; LÓPEZ DÍAZ, A.: «Sobre la necesidad de pronunciamiento del juez del concurso para la prosecución de los apremios preferentes», *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2010, pág. 82; DE LA PEÑA VELASCO, G.: «La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, pág. 33. En este concreto sentido se han manifestado las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 19 de octubre de 2005 [RJ 2005, 7671] y de 22 de junio de 2009 [RJ 2010, 1980] y el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 11 de abril de 2007 [JUR 2008, 350832]; no obstante, también se ha defendido la tesis contraria en alguna ocasión (Auto de la Audiencia Provincial de Lugo de 18 de mayo de 2006 [JUR 2006, 198743]).

⁴⁰ Así, y de conformidad con el artículo 8.3.º de la LC, «La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: [...] Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». A su vez, el artículo 9 de dicho texto legal viene a indicar que la jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas «directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal». Junto a dichos preceptos, ha de hacerse alusión al artículo 86 ter.1.3.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a cuyo tenor: «Los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: [...] Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 de diciembre de 2006 [RJ 2007, 8690]. Asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2010 [RJ 2010, 4158] ha venido a indicar, en este sentido, que la ejecución de los bienes no puede llevarse a cabo sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de los mismos con la continuidad de la empresa.

⁴² En este mismo sentido se pronuncian CASCAJERO SÁNCHEZ, Á.: «Actuaciones y procedimientos de recaudación», *op. cit.*, pág. 702 y SÁNCHEZ PINO, A.J.: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *op. cit.*, págs. 15 y 16.

⁴³ Ello contrasta con la situación existente en sede de la LGT de 1963, en la cual no se decretaba la preferencia del procedimiento administrativo en su conjunto, sino de cada uno de los embargos en concreto [PÉREZ DE VEGA, L.M.^a, «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.*, pág. 9]. Idéntica opinión mantiene, acerca de este asunto, SERRANO ANTÓN [«Recaudación tributaria», en PALAO TABOADA, C. (coord.), *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, pág. 492], quien ha venido a recordar que, en la normativa anterior, si los bienes embargados no cubrían el importe de la deuda, la Administración debía esperar a la terminación del proceso concursal para proseguir con el cobro.

⁴⁴ En relación con esta cuestión, nos remitimos al epígrafe 3 a) del presente trabajo. Por su parte, LINARES GIL [«Los créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿una contrarreforma?», *Revista de*

Junto a lo anterior, hemos de señalar que han surgido tesis que afirman que, en estas situaciones, la Administración tributaria no puede enajenar los bienes previamente trabados y cobrar con ellos su débito⁴⁵; en este concreto sentido, DELGADO PACHECO ha entendido que la continuación del procedimiento tiene lugar «solo a los efectos de practicar un embargo cautelar sobre los bienes del concursado sin que tales bienes pudieran ser objeto de ejecución»⁴⁶.

A nuestro juicio, carece de fundamento otorgar la prioridad al procedimiento de apremio si no se permite a la Administración tributaria proceder a la ejecución forzosa de bienes en cuantía suficiente para lograr el cobro de la cuantía adeudada, pues esta es, como resulta patente, la finalidad del procedimiento de recaudación ejecutiva⁴⁷. En este sentido, el artículo 164.1 b) de la LGT se refiere a la preferencia del procedimiento de apremio «para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo»⁴⁸, junto a lo cual, y a mayor abundamiento, el artículo 24.4 de la LC permite la inscripción de los embargos administrativos –realizados ex art. 55.1 del mismo texto legal– una vez practicada la anotación preventiva de declaración del concurso, resultando posible, por tanto, efectuar la ejecución administrativa de los bienes⁴⁹.

En otro orden de cuestiones, es preciso tomar en consideración un problema adicional que surge a la hora de aplicar la norma de concurrencia ahora examinada; así, y como ya ha sido advertido con anterioridad, el privilegio procedimental *no altera la calificación de los créditos* tributarios –los cuales podrán ser créditos con privilegio general, ordinarios o subordinados⁵⁰–, motivo por el cual los

Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 1, 2004, págs. 253 y 254] ha señalado que «sorprende especialmente la regla que permite la continuación en apareamiento sin especificar si la continuación se predica solo de los bienes y derechos previamente trabados [situación actual prevista en el art. 129 de la Ley General Tributaria (LGT)] o si también permite realizar nuevas trabas con fuerza ejecutiva una vez iniciado el concurso. La primera alternativa no solo es la coincidente con el régimen anterior a las reformas legales de 2003 sino la coherente con la contraexcepción con que concluye el párrafo, conforme a la cual no podrán continuar dichas ejecuciones administrativa o laboral si el bien objeto de embargo resulta necesario para la continuidad del proceso productivo del deudor, lo que parece presuponer la existencia ya del embargo».

⁴⁵ Así, algún autor ha venido a advertir que, a pesar de la posibilidad de continuar el proceso ejecutivo en tramitación por parte de la Administración tributaria, el mismo habrá de ser llevado a cabo ante el juez del concurso ex artículos 86 ter.1.3.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 8.3.º de la LC [MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Comentario al artículo 55 de la Ley Concursal», *op. cit.*, pág. 583].

⁴⁶ DELGADO PACHECO, A.: «Artículos 160 a 173 de la LGT», en MANTERO SÁENZ, A. y GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E. (coords.), *Ley General Tributaria. Antecedentes y Comentarios*, Asociación de Abogados Especializados en Derecho Tributario-Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2005, pág. 739.

⁴⁷ En relación con esta cuestión, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 18 de octubre de 2010 [JUR 2010, 389496] y de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 8 de enero de 2010 [JUR 2010, 83332].

⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ PINO, A.J.: «Algunos problemas que se suscitan en la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 338.

⁴⁹ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 36. En este sentido, consúltese también el trabajo de SÁNCHEZ ONDAL, J.J.: «Los créditos de las Haciendas Locales ante la futura Ley Concursal», *Tributos Locales*, núm. 30, 2003, pág. 68.

⁵⁰ A estos efectos, PÉREZ-CRESPO PAYÁ [«La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales», *op. cit.*, pág. 229] ha afirmado que «En el sistema en vigor antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, la preferencia procedimental tenía pleno sentido en la medida en que el crédito realizado a través del procedimiento de apremio previo era un crédito privilegiado, con derecho de abstención, que no resultaba afectado por el convenio a que se pudiera llegar salvo decisión expresa de su titular. Pero esta situación se ha modificado profundamente en la Ley Concursal». Acerca de esta cuestión, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ [La Hacienda Pública y los procesos concursales, *op. cit.*, pág. 31] sostiene que lo deseable sería que ambos aspectos –prioridad procedimental y privilegio del crédito– estuvieran coordinados.

acreedores interesados podrán presentar una *tercería de mejor derecho* ⁵¹, evitándose así que la ejecución separada del patrimonio del concursado por parte de la Hacienda Pública suponga un perjuicio en las posibilidades de cobro de quienes ostentan un crédito preferente al de la Administración ⁵².

Ya para finalizar, la última cuestión que ha de tomarse en consideración en relación con la ejecución separada del crédito tributario en situaciones de concurso aparece referida a la determinación de la *cuantía* de aquel. En concreto, la deuda objeto de ejecución estará compuesta, en principio, tanto por la cantidad dejada de ingresar en periodo voluntario de pago, como por los recargos del periodo ejecutivo, los intereses y las costas del procedimiento de apremio (art. 169.1 LGT); no obstante, han de tenerse en cuenta los efectos que la declaración del concurso puede conllevar en este ámbito.

Así, el artículo 59.1 de la LC prevé que se *suspenderá el devengo de intereses* una vez declarado el concurso, motivo por el cual entendemos que la Administración únicamente podrá embargar bienes para hacer frente a los intereses calculados hasta la referida fecha ⁵³. Por su parte, y en lo que a los *recargos* concierne, su exigencia dependerá del instante en que se produzca el inicio del proceso concursal; de esta forma, si el auto correspondiente es dictado en un momento en que no han transcurrido los plazos de pago otorgados en la providencia de apremio, se devengará el recargo de apremio reducido (del 10%) y, si ello se produce una vez finalizados dichos plazos, deberá exigirse el recargo de apremio ordinario (del 20%) (art. 28 LGT) ⁵⁴. Por lo demás, y siguiendo esta línea argumental, opinamos que las *costas* del procedimiento de apremio podrán ser incluidas en la cuantía del embargo en tanto las mismas hayan sido ocasionadas antes de la declaración del concurso.

c) La posibilidad de dictar la providencia de apremio tras la declaración del concurso

A lo largo de los epígrafes precedentes hemos examinado las diversas reglas relativas a la preferencia del procedimiento de apremio cuando el mismo concurre con un procedimiento de ejecución universal; sin embargo, resulta preciso analizar, a continuación, las particularidades existentes en este ámbito en aquellos casos en que la Administración tributaria no goce del derecho de ejecución separada.

⁵¹ Cfr. PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.: «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales», *op. cit.*, pág. 231; SANCHO GARGALLO, I.: «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», *op. cit.*, pág. 206. En estas situaciones, DE LA PEÑA VELASCO [«La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *op. cit.*, págs. 29 y 30] ha indicado que «no tiene mucho sentido, desde un punto de vista puramente pragmático, que la Administración desarrolle al margen del procedimiento concursal un procedimiento administrativo cuyo simple desarrollo implica la realización de un gasto público cuando el efecto derivado de la culminación del procedimiento no va a ser necesariamente la obtención de un ingreso a favor de la propia Hacienda Pública, sino la consignación del importe obtenido en la enajenación ante el Juzgado en el que se tramite el concurso».

⁵² Cfr. SÁNCHEZ PINO, A.J.: «Algunos problemas que se suscitan en la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 342. A este respecto, ha de tomarse en consideración que SANCHO GARGALLO [«Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», *op. cit.*, pág. 207] ha señalado que regirán las reglas de prelación de los créditos extraconcursoales a los efectos de resolver una eventual *tercería*, pues las normas atinentes a dicha cuestión previstas en la LC operan únicamente dentro del concurso (art. 89.1 LC). No obstante, se han pronunciado en sentido contrario PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.: «La Hacienda Pública y las situaciones concursales», *op. cit.*, pág. 756 y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, págs. 47 y 48.

⁵³ A favor de la suspensión del devengo de los intereses de demora en el procedimiento de apremio en estos supuestos se han pronunciado PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F.: «La Hacienda Pública y las situaciones concursales», *op. cit.*, pág. 756, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 45.

⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 46.

En términos generales, una vez iniciado el concurso la Administración tributaria no puede cobrar sus créditos a través de la ejecución de bienes del deudor ⁵⁵. Así, en los casos en que los órganos de recaudación no hayan procedido a dictar la correspondiente providencia de apremio con anterioridad a la declaración del concurso, decae la posibilidad de ejecución separada del procedimiento de ejecución administrativa, debiendo ajustarse la actuación tributaria al régimen previsto en la normativa concursal.

Dejando aparte las actuaciones que la Hacienda Pública puede efectuar en el seno del proceso concursal, el primer interrogante que ha de examinarse aparece centrado en el hecho de si resulta posible, en estas circunstancias, que la Administración tributaria proceda a trabar embargos con una finalidad meramente *cautelar* –no ejecutiva–. En este sentido, bajo la vigencia de la LGT de 1963 se admitía el desarrollo del procedimiento administrativo de apremio tras el inicio del proceso concursal, siempre que aquel finalizase con una anotación preventiva de embargo, quedando la ejecución de los bienes trabados a resultas de la terminación del concurso de acreedores ⁵⁶; no obstante, dicha posibilidad no puede reputarse correcta a la luz de la LC ⁵⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse de inmediato que el artículo 164.2 de la LGT contempla la posibilidad de *dictar la providencia de apremio*, devengándose los correspondientes *recargos del periodo ejecutivo*, una vez iniciado el respectivo proceso concursal, «si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso». Dicha previsión resulta, sin duda, especialmente problemática, ya que el precepto citado parece posibilitar, en estos casos, el inicio automático del procedimiento de exigencia coactiva de la deuda tributaria si hubiesen concurrido los requisitos necesarios para dictar la providencia de apremio –esto es, el impago de la deuda tributaria– en una fecha previa al instante de la declaración del concurso.

Como no podría ser de otro modo, la citada previsión ha sido objeto de crítica por parte de nuestra doctrina ⁵⁸, dado que la emisión de la providencia de apremio por la Administración tributaria, en la hipótesis arriba indicada, contradice claramente el mandato recogido en el artículo 55.1 de la LC, el cual impide, de forma taxativa, el inicio o la prosecución de procedimiento ejecutivo alguno una vez que ha tenido lugar la declaración del concurso. En consecuencia, entendemos que es evidente que la mera emisión de la providencia de apremio no podrá dar lugar a que la referida Administración realice la ejecución sobre los bienes del concursado ⁵⁹.

⁵⁵ En esta línea, el artículo 55.3 de la LC declara la *nulidad* de las actuaciones que se practiquen en contravención con lo establecido en los apartados 1 y 2 de dicho precepto.

⁵⁶ Consúltense en este sentido las Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 21 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2519], 23 de marzo de 1998 [RJ 1998, 7350] y 13 de octubre de 2004 [RJ 2005, 5052].

⁵⁷ Cfr. SÁNCHEZ PINO, A.J.: «Algunos problemas que se suscitan en la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores», *op. cit.* , págs. 342 y 343 y «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *op. cit.* , pág. 23; PÉREZ DE VEGA, L.M.^a: «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.* , pág. 14; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales* , *op. cit.* , pág. 49. Así, este último autor (pág. 51) ha indicado que las medidas cautelares que pretendan adoptarse deberán ser solicitadas al juez del concurso y ser autorizadas por este (arts. 8.4.º y 17 LC).

⁵⁸ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Procedimientos de recaudación», en CALVO ORTEGA, R. (dir.), *La Nueva Ley General Tributaria* , Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 617; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales* , *op. cit.* , pág. 46.

⁵⁹ En relación con esta cuestión, puede resultar clarificadora la dicción del artículo 50.2 del Real Decreto 1415/2004, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, a tenor del cual: «Si no se hubiese dic-

Junto a lo anterior, dicha previsión conlleva también problemas de otra índole, ya que no aclara ni los efectos del inicio del procedimiento de apremio, ni las actuaciones a llevar a cabo por la Administración tributaria con posterioridad a la emisión de la providencia de apremio, resultando especialmente criticable que puedan llegar a devengarse intereses o el recargo del periodo ejecutivo procedente en estos supuestos, en manifiesta contradicción con lo establecido en la normativa concursal ⁶⁰.

En este sentido, TEJERIZO LÓPEZ ha señalado que dicha regla no solo contradice lo previsto en el artículo 55 de la LC, sino que demora la determinación exacta de la deuda de la Hacienda Pública, no aclara el procedimiento a seguir por parte de la Administración tras dictar la providencia de apremio e incrementa el crédito tributario en un momento en que el deudor no puede evitarlo; a estos efectos, el citado autor entiende –de manera acertada– que en los casos de concurso debería exigirse únicamente el recargo ejecutivo del 5 por 100, dejando al concursado en la misma posición que quien ha satisfecho el débito tributario en periodo ejecutivo pero antes de la notificación de la providencia de apremio ⁶¹.

Por lo demás, únicamente resta advertir que, en estas hipótesis en que el apremio tributario *no goza de preferencia*, las actuaciones de los órganos de recaudación en relación con el patrimonio del obligado al pago dependerán del propio desarrollo del proceso concursal, el cual se ajustará a lo previsto en su normativa reguladora, cuestión esta que no entramos a analizar por exceder los límites del presente trabajo.

4. MODIFICACIONES PREVISTAS EN LA LEY 38/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

Una vez examinada la problemática que ha venido presentando la normativa relativa a la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con un proceso concursal, pasamos a analizar las modificaciones que a este respecto contiene la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC, cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2012. No obstante, y antes de centrarnos en los cambios previstos en torno a la referida cuestión, es necesario advertir que muchas de las conclu-

tado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultados de lo que se acuerde en el procedimiento concursal».

⁶⁰ En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de junio de 2010 [JUR 2010, 290536], haciendo referencia a una ejecución de índole laboral, ha señalado que «la imposición de recargos (de apremio y de mora) supone admitir el incremento progresivo de la masa pasiva más allá de la declaración de concurso y ni uno ni otro tienen sentido en su aplicación sobre créditos concursales pues declarado el concurso no es posible iniciar ejecuciones singulares ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (artículo 55), ni cabe tampoco incrementar el nominal de una deuda con intereses de ningún tipo (con la única excepción prevista en el artículo 59 para los créditos salariales)».

⁶¹ TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: «Procedimientos de recaudación», *op. cit.*, pág. 617. Por su parte, comparten un parecer idéntico PÉREZ DE VEGA, L.M.^a: «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.*, pág. 14, y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 46. En contra de esta opinión se ha manifestado CASCAJERO SÁNCHEZ [«Actuaciones y procedimientos de recaudación», *op. cit.*, pág. 702], autora esta que estima que, si en el momento de declaración del concurso la deuda tributaria se hallaba en periodo ejecutivo, deberán devengarse los recargos correspondientes en función del instante en que se efectúe el pago.

siones a las que hemos llegado en los epígrafes precedentes de este trabajo siguen siendo válidas a la vista de la nueva regulación ⁶².

En concreto, la primera de las modificaciones que resulta preciso tomar en consideración se contiene en el apartado cuarenta y dos del artículo único de la referida ley, el cual viene a otorgar la siguiente redacción al apartado primero del artículo 55 de la LC:

«Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor.

Hasta la aprobación del plan de liquidación, *podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor»* ⁶³.

Asimismo, se modifica el apartado tercero del precepto de la LC arriba citado, el cual pasará a disponer:

«Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos» ⁶⁴.

Por su parte, el apartado ciento diecisiete del artículo único la ley ahora analizada modifica la disposición final undécima de la LC, disponiendo la reforma del artículo 164 de la LGT ^{65, 66}, precepto este que vendrá a establecer:

«1. Sin perjuicio del respeto al orden de prelación que para el cobro de los créditos viene establecido por la ley en atención a su naturaleza, en caso de concurrencia del procedimiento de apremio

⁶² A estos efectos, ha de señalarse que, a salvo de los artículos que serán examinados en el presente epígrafe, los preceptos de la LC a los que se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo no han sido objeto de modificaciones que incidan en la regulación de la concurrencia del procedimiento de apremio y el proceso concursal.

⁶³ La letra normal es nuestra.

⁶⁴ Véase nota anterior.

⁶⁵ En este sentido, es evidente que, aprobada la reforma del artículo 55.1 de la LC en los términos ahora descritos, debía modificarse el artículo 164 de la LGT, dada su patente contradicción con la nueva redacción de aquel. No obstante, en nuestra opinión, la previsión de la LC resultaría del todo aplicable aun sin la anterior modificación, y ello no solo por tratarse de una norma posterior a la LGT, sino porque el propio apartado segundo del artículo 164 de este último texto legal establece que «En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal [...]», circunstancia esta a la que ha de añadirse que la disposición adicional octava de la LGT viene a indicar que «Lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento».

⁶⁶ En lo que se refiere a dicha modificación, ha de señalarse que —conforme a la disp. trans. novena de la Ley 38/2011, de 10 de octubre— la misma se aplicará a «los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley respecto de las ejecuciones que respectivamente no se hubiesen reanudado o iniciado tras la declaración de concurso».

para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución, ya sean singulares o universales, judiciales o no judiciales, la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas:

1.º Cuando concurra con otros procesos o procedimientos singulares de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente si el embargo efectuado en el curso del procedimiento de apremio fuera el más antiguo.

2.º Cuando concurra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que el embargo acordado en el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.

Para ambos casos, se estará a la fecha de la diligencia de embargo del bien o derecho.

2. En caso de concurso de acreedores se aplicará lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y, en su caso, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, sin que ello impida que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del periodo ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso o bien se trate de créditos contra la masa.

3. Los jueces y tribunales colaborarán con la Administración tributaria facilitando a los órganos de recaudación los datos relativos a procesos concursales o universales de ejecución que precisen para el ejercicio de sus funciones.

Asimismo tendrán este deber de colaboración, respecto de sus procedimientos, cualesquiera órganos administrativos con competencia para tramitar procedimientos de ejecución.

4. El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa tributaria.

Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria».

Transcritas las modificaciones que la ley de reforma de la LC ha previsto en los artículos 55 de dicho texto legal y 164 de la LGT, pasamos a examinar el contenido de tales cambios, así como sus eventuales repercusiones en la regulación de la concurrencia del procedimiento de apremio con un proceso concursal.

En este sentido, y en lo que respecta a la precisión del momento a tener en cuenta para determinar la prioridad del procedimiento de apremio, la citada normativa hace alusión a que se haya dictado la *diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de declaración del concurso*. De este modo, se modifica la referencia a la providencia de apremio en cuanto fecha a tomar en consideración para fijar la preferencia del apremio tributario, haciéndose mención al instante en que es afectado un concreto bien o derecho por parte de los órganos de recaudación, regla esta que, tradicionalmente, ha sido la prevista en los supuestos de concurrencia entre dos embargos.

En cualquier caso, el cambio producido a la hora de determinar la preferencia del procedimiento de apremio no puede más que reputarse del todo lógico, pues soluciona ciertos problemas que comportaba la remisión a la providencia de apremio en este ámbito, y ello en atención a diversos motivos que pasamos a exponer a continuación.

Así, y en primer término, ha de recordarse que dicha previsión resulta semejante a la contenida en la normativa anteriormente vigente [art. 129.3 b) LGT de 1963] y a la recogida tanto en relación con la concurrencia del procedimiento de apremio con procedimientos singulares de ejecución [art. 164.1 a) LGT], como en lo que concierne a la regla referida a la concurrencia del concurso de acreedores con procesos de ejecución de índole laboral (art. 55.1 LC). En consecuencia, nos encontramos ante una solución acorde con los antecedentes legales y con el resto de la normativa existente en materia de concurrencia de procedimientos ejecutivos.

A mayor abundamiento, y en segundo lugar, tomando como fechas de referencia las de emisión de la diligencia de embargo y de declaración del concurso vienen a compararse dos *momentos homogéneos* para determinar la posibilidad de continuar el procedimiento administrativo de apremio. En este sentido, debe señalarse que el embargo –y, por tanto, la concreta afección de bienes o derechos al procedimiento de recaudación– se entiende producido en el instante de la emisión de la diligencia, sin necesidad de su notificación⁶⁷, pues los efectos de la traba se despliegan desde que la misma es acordada, con independencia de su publicidad⁶⁸. Junto a lo anterior, hemos de destacar que la prioridad viene establecida por la *traba* de los bienes o derechos –materializada en la *diligencia de embargo*–, aclarándose las dudas que suscitaba, en este concreto aspecto, el RGR de 1990, dado que este último texto normativo hacía referencia a la providencia de embargo para fijar tal preferencia⁶⁹.

⁶⁷ A estos efectos, en el ámbito del Derecho procesal, el artículo 587.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil viene a precisar que: «El embargo se entenderá hecho desde que se decreta por el Secretario judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba».

⁶⁸ Así vinieron ya a señalarlo diversos autores en relación con la remisión que efectuaba el artículo 164.1 a) de la LGT –en su redacción originaria– a la diligencia de embargo, a la hora de determinar la prioridad en caso de concurrencia del procedimiento de apremio con un proceso de ejecución singular [DAGO ELORZA, I.: «Artículos 160 a 177 de la LGT», en HUESCA BOADILLA, R. (coord.), *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 1.071; PÉREZ DE VEGA, L.M.^a, «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.*, pág. 6; ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L.M.^a: «Actuaciones y procedimientos de recaudación», en AA.VV., *Estudios de la Ley General Tributaria*, Lex Nova-Landwell, Valladolid, 2006, pág. 696]. Dichos autores fundan su opinión en diversos pronunciamientos del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, como la Sentencia de 2 de abril de 2001 [RJ 2001, 9255].

⁶⁹ Acerca de esta cuestión, recuérdese que el RGR de 1990 atendía a la *providencia de embargo* para establecer dicha prioridad, resultando complejo verificar la fecha de emisión de tal acto, pues el mismo no era objeto de notificación.

A su vez, y como tercer argumento a favor de la modificación ahora examinada, entendemos que la alusión a la fecha de emisión de la diligencia de embargo resulta adecuada en orden a precisar si los bienes o derechos trabados son *necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1 LC) y, por tanto, para fijar la posible continuación del procedimiento de apremio tributario. Así, vienen a solucionarse algunos de los problemas que suscitaba la normativa anterior en este punto, sin perjuicio de que, en la práctica, siga resultando complejo determinar la necesidad de unos concretos bienes para la realización de una actividad productiva.

Por lo demás, y ya en último lugar, opinamos que la aplicación de la nueva regla sobre concurrencia que ahora examinamos permitirá concretar con mayor precisión la *cuantía* a la que asciende el débito tributario que podrá ser objeto de cobro por el procedimiento de apremio. En este sentido, y dado el instante procedimental en que se emite la diligencia de embargo, aquel estará integrado por la cuota, el recargo de apremio ordinario –del 20%–, así como por los intereses de demora y las costas originados en un instante anterior al de la declaración del concurso.

Una vez analizada la modificación recogida en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en lo que se refiere a la regulación de la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con un proceso de índole concursal, ha de resaltarse que la más trascendente de las consecuencias derivadas de la citada reforma queda centrada en el hecho de que el procedimiento de apremio podrá continuar únicamente sobre aquellos *elementos patrimoniales trabados con anterioridad a la declaración del concurso*. Por tanto, y a diferencia de lo que sucedía, a nuestro juicio, con anterioridad, la Administración tributaria no podrá desarrollar el procedimiento de apremio sobre bienes o derechos que no hubieran sido objeto de un embargo previo a la declaración del concurso, sobre los cuales tendrá plena eficacia este último proceso.

En otro orden de cuestiones, y a pesar de las indudables ventajas que la reforma objeto de estudio conlleva, la misma no soluciona, empero, la totalidad de las dificultades que se derivan de la regulación de la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con un proceso de ejecución universal.

De esta manera, y en primer término, debe advertirse que, de conformidad con la nueva redacción del artículo 55.1 de la LC, el procedimiento de apremio podrá desarrollarse únicamente hasta que haya sido aprobado el *plan de liquidación*, lo cual supone una nueva limitación para la actuación de la Administración tributaria, en cuanto esta última habrá de suspender la ejecución en el instante en que aquel resulte aprobado en el seno del concurso. En concreto, entendemos que pueden surgir ciertos problemas en relación con esta norma, pues resulta complejo determinar qué sucederá con aquellos bienes que hubieran sido ya objeto de embargo por parte de los órganos de recaudación antes de la aprobación del citado plan, siendo solo la práctica la que aclarará esta cuestión.

Asimismo, existe otra deficiencia en lo que respecta a la regla ahora examinada, puesto que, a diferencia de lo previsto en el artículo 55.1 de la LC, la nueva redacción del artículo 164.1 b) de la LGT no realiza referencia alguna a la circunstancia de que el procedimiento de apremio solo pueda continuar hasta la aprobación del plan de liquidación. A nuestro juicio, resulta del todo criticable la falta de coordinación entre ambas normas legales, sin que entendamos el porqué de la distinción establecida al efecto, la cual dará lugar, sin duda, a dificultades interpretativas.

Junto a lo anterior, y ya desde otro punto de vista, ha de tomarse en consideración que la regla relativa a la preferencia procedimental que incluye la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no aparece coordinada con las normas referidas a la prelación de los créditos, produciéndose, en consecuencia, idéntica problemática a la existente hasta el instante actual acerca de este asunto.

A su vez, es preciso señalar una tercera dificultad adicional que se suscita a la hora de determinar la preferencia del procedimiento de apremio en los supuestos en que nos encontremos ante la traba de *bienes inscribibles en un registro de naturaleza pública* (en concreto, en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles); así, y dados los efectos de la prioridad registral, cabría entender, en estos casos, que la preferencia habría de fijarse en atención a la fecha de la *anotación preventiva del embargo* en el registro correspondiente ⁷⁰. No obstante, tal interpretación no puede reputarse acertada, puesto que la regla relativa a la prioridad incluida en la ley aquí analizada hace referencia al instante en que se entiende producida la afección o traba, momento este que se identifica, según hemos señalado ya, con la emisión de la correspondiente diligencia de embargo, independientemente de que con posterioridad se adopten medidas de aseguramiento ⁷¹.

Por otro lado, la nueva redacción del artículo 164.2 de la LGT prevé que la aplicación de la regulación de la LC en lo que a la concurrencia del procedimiento de apremio concierne no puede impedir «que se dicte la correspondiente providencia de apremio y se devenguen los recargos del periodo ejecutivo si se dieran las condiciones para ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso o bien se trate de créditos contra la masa». Como puede fácilmente advertirse, han de reproducirse en este punto los problemas interpretativos que venían surgiendo hasta el instante actual en relación con el inciso ahora transcrito, los cuales fueron tratados en un epígrafe anterior de este trabajo ⁷².

No obstante, cabe destacar que se ha incluido, en el precepto arriba citado, una previsión novedosa relativa a los *créditos contra la masa* de la Administración tributaria. Así, viene a hacerse patente la especialidad de los créditos públicos nacidos con posterioridad a la declaración del concurso (art. 84.2.5.º y 10.º LC) –cuya determinación puede presentar ciertos problemas prácticos ⁷³–, debiendo su ejecución ajustarse, como es lógico, a la regulación específica de la LC ⁷⁴. En este sentido, esta última norma permite iniciar ejecuciones para hacer efectivos los créditos contra la masa cuando «se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin

⁷⁰ Así lo han entendido, en relación con la concurrencia del procedimiento administrativo de apremio con procesos de ejecución singular, CASCAJERO SÁNCHEZ, Á.: «Actuaciones y procedimientos de recaudación», *op. cit.*, págs. 696 y 697, PÉREZ DE VEGA, L.M.^a: «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *op. cit.*, pág. 6, y ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L.M.^a: «Actuaciones y procedimientos de recaudación», *op. cit.*, págs. 696 y 697.

⁷¹ En relación con esta cuestión, nos remitimos a la obra de GÓMEZ CABRERA, C.: *La concurrencia del crédito tributario: Aspectos sustantivos y procedimentales*, *op. cit.*, pág. 127.

⁷² Epígrafe 3 c) del presente trabajo.

⁷³ Acerca de este problema, consúltese la obra de RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, págs. 68 y ss.

⁷⁴ En concreto, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, da una nueva redacción al artículo 154 de la LC, con el siguiente tenor: «Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra esta. Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial».

que se hubiere producido ninguno de estos actos» (art. 84.4 LC) ⁷⁵; empero, resulta complejo determinar el alcance de dicha previsión ⁷⁶.

Una vez indicado lo anterior, y centrándonos ya en otras novedades que incorpora la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la misma viene a incluir un nuevo apartado tercero en el artículo 55 de la LC conforme al cual el juez del concurso podrá acordar «el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado», si bien tal levantamiento o cancelación «no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos». Siendo esto así, debe ponerse de relieve que desaparece el contenido del antiguo artículo 55.3 de la LC ⁷⁷, lo cual no obsta para que hayan de seguir reputándose nulas aquellas actuaciones ejecutivas que contravengan lo dispuesto en los apartados primero y segundo de dicho precepto.

En cualquier caso, y de conformidad con la modificación ahora examinada, se excluye la posibilidad de levantar aquellos embargos administrativos que, trabados antes de la declaración del concurso, dificulten gravemente la continuidad de la actividad económica del concursado; ello supone un privilegio más para la Administración pública, reconociéndosele una posición aventajada frente a la de cualquier otro acreedor, sin perjuicio de que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el referido levantamiento sí tenga lugar en los supuestos en que la traba recaiga sobre elementos *necesarios* para la continuación de la actividad del concursado (art. 55.1 LC).

Por lo demás, y en otro orden de cuestiones, es preciso señalar que la Ley 38/2011, de 10 de octubre, añade un nuevo apartado quinto al artículo 56 de la LC –relativo a la paralización de la ejecución de garantías reales– con el siguiente tenor: «A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Así, la citada previsión no solo resulta aplicable a la ejecución de las garantías reales, sino también en el ámbito de la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores, reconociéndose, de forma explícita, la jurisdicción de dicho juez a la hora de determinar la necesidad de los bienes trabados para la continuación de la actividad económica del concursado.

Ya para finalizar, hemos de advertir que en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC aparecen también previstas otras modificaciones relativas a cuestiones diversas a la ahora analizada, las cuales afectarán, en diversa medida, a la Hacienda Pública en cuanto acreedora de un sujeto en concurso.

⁷⁵ A estos efectos, ha de tomarse en consideración que, antes de la modificación operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tal previsión venía a contemplarse en el artículo 154.2 de la LC.

⁷⁶ Acerca de este asunto, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ [*La Hacienda Pública y los procesos concursales*, *op. cit.*, pág. 49] ha señalado que «Esta ejecución debía ser administrativa pero hay que recordar que el cierre registral [...] sigue operando, pues la excepción prevista por la norma solo contempla el artículo 55.1 de la LC».

⁷⁷ Conforme al cual debían reputarse «nulas de pleno derecho» las actuaciones practicadas en contravención con lo dispuesto en los apartados primero y segundo del mismo precepto.

Bibliografía

- ALONSO MURILLO, F. y PÉREZ DE VEGA, L.M.^a [2006]: «Actuaciones y procedimientos de recaudación», en AA.VV.: *Estudios de la Ley General Tributaria*, Lex Nova-Landwell, Valladolid.
- CASCAJERO SÁNCHEZ, Á. [2004]: «Actuaciones y procedimientos de recaudación», en AA.VV.: *Ley General Tributaria. Comentarios y casos prácticos*, Registro de Economistas Asesores Fiscales-Centro de Estudios Financieros, Madrid.
- DAGO ELORZA, Í. [2004]: «Artículos 160 a 177 de la LGT», en HUESCA BOADILLA, R. (coord.): *Comentarios a la nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra.
- DE LA PEÑA VELASCO, G. [2010]: «La ejecución separada del crédito tributario en el Concurso de Acreedores», *Quincena Fiscal*, núm. 11.
- DELGADO PACHECO, A. [2005]: «Artículos 160 a 173 de la LGT», en MANTERO SÁENZ, A. y GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E. (coords.): *Ley General Tributaria. Antecedentes y Comentarios*, Asociación de Abogados Especializados en Derecho Tributario-Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.
- DUPUY LÓPEZ, A. [2010]: «Las obligaciones tributarias ante el concurso de acreedores», *Impuestos*, núm. 5.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, E. [2006]: «La defensa del crédito público pese a la nueva Ley Concursal», *Quincena Fiscal*, núm. 6.
- GÓMEZ CABRERA, C. [2000]: *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*, Aranzadi, Navarra.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Á. [2005]: «El crédito tributario en la Ley Concursal», *Tribuna Fiscal*, núm. 175.
- HERNÁNDEZ VERGARA, A. y HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M. [2008]: «Artículos 160 a 177 de la LGT», en HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J.M. (coord.): *Comentarios a la Ley General Tributaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra.
- LAFUENTE TORRALBA, A. [2008]: «Concurso y ejecución singular: una relación difícil», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8.
- LINARES GIL, M. [2004]: «Los créditos tributarios en la Ley Concursal, Ley General Tributaria y Ley General Presupuestaria: ¿una contrarreforma?», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 1.
- [2008]: «Jurisdicción del juez del concurso y autotutela administrativa», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8.
- LÓPEZ DÍAZ, A. [2010]: «Sobre la necesidad de pronunciamiento del juez del concurso para la prosecución de los apremios preferentes», *Quincena Fiscal*, núm. 13.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. [2004]: «Comentario al artículo 55 de la Ley Concursal», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley Concursal*, volumen I, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ DE VEGA, L.M.^a [2005]: «Algunas consideraciones sobre la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos de ejecución», *Carta Tributaria*, núm. 13.
- PÉREZ ROYO, F. [2007]: «El privilegio general de los créditos tributarios en el concurso (según la "interpretación auténtica" contenida en el Proyecto de Ley de Ejecución Singular)», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11.
- PÉREZ-CRESPO PAYÁ, F. [2004]: «La concurrencia de procedimientos administrativos de apremio y jurisdiccionales universales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1.

- [2004]: «La Hacienda Pública y las situaciones concursales», en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.): *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- PITA GRANDAL, A.M.^a [2005]: «Algunas consideraciones sobre los créditos tributarios en la Ley Concursal», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*, tomo I, Lex Nova, Valladolid.
- PRENDES CARRIL, P. [2007]: «Concurrencia de ejecuciones: apremio administrativo y concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. [2006]: *La Hacienda Pública y los procesos concursales*, Thomson-Aranzadi, Navarra.
- RUBIO SOLER, C.L. [2004]: «La recaudación en la nueva LGT», en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.): *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- SÁNCHEZ ONDAL, J.J. [2003]: «Los créditos de las Haciendas Locales ante la futura Ley Concursal», *Tributos Locales*, núm. 30.
- SÁNCHEZ PINO, A.J. [2004]: «La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal», *Quincena Fiscal*, núm. 8.
- [2009]: «Algunos problemas que se suscitan en la concurrencia del procedimiento de apremio con el concurso de acreedores», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10.
- SANCHO GARGALLO, I. [2005]: «Los efectos del concurso sobre las ejecuciones de bienes del concursado», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5.
- SERRANO ANTÓN, F. [2004]: «Recaudación tributaria», en PALAO TABOADA, C. (coord.): *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, CEF, Madrid.
- TEJERIZO LÓPEZ, J.M. [2004]: «Procedimientos de recaudación», en CALVO ORTEGA, R. (dir.): *La Nueva Ley General Tributaria*, Thomson-Civitas, Madrid.
- VALERO LOZANO, N. [2005]: «La Ley General Tributaria y la normativa concursal», en AA.VV.: *La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria. XLIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales-Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid.
- VILLAR EZCURRA, M. [2002]: «Algunas notas sobre la posición acreedora de la Hacienda Pública en las quiebras en el contexto de la reforma concursal», *Quincena Fiscal*, núm. 15.

LAS AYUDAS FISCALES DE LOS TERRITORIOS FORALES VASCOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

JESÚS FÉLIX GARCÍA DE PABLOS

Doctor en Derecho.

Ponente del Tribunal Económico-Administrativo Central

Extracto:

LAS Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio y 28 de julio de 2011, han confirmado la consideración como ayudas de Estado de los regímenes fiscales de los territorios históricos de la comunidad autónoma vasca, relativos en una exención temporal del Impuesto sobre Sociedades durante 10 años, el otorgamiento de un crédito fiscal del 45 por 100 a las inversiones sobre activos fijos materiales nuevos que superaran un determinado importe y las reducciones graduales en la base imponible del citado impuesto. Este trabajo analiza las citadas sentencias en relación con la jurisprudencia anterior del mencionado tribunal sobre los regímenes fiscales de los entes infraestatales y la normativa comunitaria.

Palabras clave: ayudas de Estado y medidas selectivas.

FISCAL AID BASQUE REGIONAL TERRITORIES IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF THE EUROPEAN UNION

JESÚS FÉLIX GARCÍA DE PABLOS

Doctor en Derecho.

Ponente del Tribunal Económico-Administrativo Central

Abstract:

THE Court of Justice of the European Union, June 9 and July 28, 2011, confirmed the account as State aid tax regimes of the provinces of the basque autonomous community, on a temporary exemption corporate income tax for 10 years, granting a 45% tax credit for investments on new fixed assets over a certain amount and gradual reductions in the tax base of the tax. This paper analyzes the judgments in relation to the said court's prior jurisprudence on the fiscal systems of local infra and community legislation.

Keywords: State aid and targeted measures.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio y 28 de julio de 2011.
 - A) La STJUE, de 9 de junio de 2011, relativa al asunto Diputación Foral de Vizcaya y otros/ Comisión (C-465/09 P a C-470/09 P).
 - B) Las SSTJUE, de 28 de julio de 2011, relativas a los asuntos Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión (C-471/09 P a C-473/09 P) y Diputación Foral de Vizcaya y otros/ Comisión (C-474/09 P a 476 P).
- III. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las ayudas de los territorios forales vascos.
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado recientemente como «ayudas de Estado» los beneficios fiscales otorgados por los territorios forales vascos, concretamente en la sentencia relativa al asunto *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* [STJUE de 9 de junio de 2011 (C-465/09 P a C-470/09 P) NFJ042868], resolutorio de los recursos de casación relativos a las ayudas de empresas de nueva creación aprobadas por las Diputaciones Forales de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa, a través de las Normas Forales 18/1993, 5/1993 y 11/1993, respectivamente. Ayudas consistentes en la exención del Impuesto sobre Sociedades durante un periodo de 10 ejercicios fiscales consecutivos a las empresas que se creasen entre la fecha de entrada en vigor de dichas medidas, aprobadas en el año 1993, y el 31 de diciembre de 1994, así como de un crédito fiscal del 25 por 100. Exenciones supeditadas a la realización de unas inversiones de un importe mínimo y a la creación de un número mínimo de puestos de trabajo ¹ (conocidas como *vacaciones fiscales*). El TJUE declaró como ayudas de Estado las citadas ayudas, confirmando la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (actualmente Tribunal General), de 9 de septiembre de 2009, relativa a los asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02 (NFJ034936), la cual había considerado como «selectivas dichas ayudas».

Posteriormente, el TJUE confirmó igualmente la consideración de «ayudas de Estado», en la sentencia relativa al asunto *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* [STJUE de 28 de julio de 2011 (C-471/09 a C-473/09 P) NFJ043548] ², mediante la que se desestimaron los recursos de casación, los beneficios fiscales otorgados por las Diputaciones Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya por la adquisición de activos (crédito del 45% de la inversión en activos materiales nuevos que excedieran de 2.500.000.000 de pts.) ³, recursos formulados contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2009, asunto *Diputación Foral de Álava/Comisión* [(T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01) NFJ034926] ⁴, el cual había considerado como «ayudas de Estado» los citados beneficios fiscales.

De igual forma, el TJUE en la sentencia relativa al asunto *Diputación Foral de Vizcaya/Comisión* [STJUE de 28 de julio de 2011 (C-474/09 a C-476/09 P) NFJ043558] desestimó los recursos de

¹ Capital mínimo de 20.000.000 de pts., totalmente desembolsado, la realización de inversiones desde la fecha de constitución hasta el 31 de diciembre de 1995 de 80.000.000 de pts., y la creación de 10 puestos de trabajo durante los 6 meses siguientes a su constitución.

² Las llamadas «minivacaciones fiscales».

³ ORENA DOMÍNGUEZ, A.: «Los incentivos fiscales (vacaciones fiscales y minivacaciones) y el Tribunal de Primera Instancia: Ayudas de Estado», *Quincena Fiscal*, núm. 19, noviembre 2009, págs. 77-112.

⁴ Disposición adicional sexta de la Norma Foral 22/1994, de 20 de diciembre, de ejecución del presupuesto del Territorio Histórico de Álava para el año 1995 (en vigor hasta 1999); disposición adicional cuarta de la Norma Foral 7/1996 de Vizcaya, de 26 de diciembre, prorrogada por la disposición adicional segunda de la Norma Foral 4/1998, de 2 de abril, y la disposición adicional décima de la Norma Foral 7/1997 de Guipúzcoa, de 22 de diciembre (en vigor hasta el año 2000, en estos dos últimos casos).

casación contra la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2009, sobre la reducción gradual de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades desde el año 1995 (reducciones de un 99, 75, 50, y 25%)⁵, asunto *Diputación Foral de Álava y Gobierno Vasco/Comisión* (asuntos T-230/01 a T-232/01 y T-267/01 a T-269/01, NFJ034946), confirmando que dichos beneficios fiscales tenían la consideración de «ayudas de Estado» prohibidas por la legislación comunitaria.

Con base en las citadas Sentencias del TJUE, de 9 de junio y 28 de julio de 2011, podría pensarse que las mismas modifican el criterio señalado por dicho tribunal en su anterior sentencia relativa al asunto *UGT-La Rioja y otros* [STJUE de 11 de septiembre de 2008 (asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06), NFJ029238], donde señaló que los territorios forales vascos tenían la *autonomía institucional, autonomía de procedimiento y autonomía económico-financiera*⁶ necesarias para considerar como marco de referencia sus referidos territorios, por lo que las medidas fiscales adoptadas por las diputaciones forales vascas no tendrán el carácter de «selectivas», en principio. Sin embargo, como se señala en este trabajo, las recientes sentencias del TJUE confirman el criterio establecido por dicho tribunal en el caso *UGT-La Rioja y otros*.

En efecto, la Unión Europea está obligada por el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁷ a la formación de un mercado único, lo que lleva consigo el establecimiento de un régimen de control de ayudas que impida el falseamiento de la competencia; la llamada competencia desleal (*Harmful Tax Competition*) prohibida por el citado tratado, cuando los Estados intentan atraer inversiones a su territorio, aunque los propios Estados miembros mantengan el poder de diseñar sus propios sistemas fiscales. Entre dichas ayudas, prohibidas por el Derecho Comunitario y que vincularían a los Estados miembros⁸, estarían las ayudas limitadas a un determinado territorio, al tener carácter selectivo, en principio, por no aplicarse a las empresas establecidas fuera del mismo.

II. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE JUNIO Y 28 DE JULIO DE 2011

En las citadas sentencias el TJUE ha confirmado su criterio relativo a los beneficios fiscales de los territorios históricos del País Vasco en relación con la posible consideración de los mismos como «ayudas de Estado», en el caso de que dichas ayudas tengan el carácter de «selectivas», con independencia de su carácter territorial al estar vinculadas a dichos territorios.

⁵ Estas reducciones de la base imponible fueron establecidas por el artículo 26 de la Norma Foral 24/1996 de Álava, de 5 de julio, aplicable en el Territorio Histórico de Álava, el artículo 26 de la Norma Foral 3/1996 de Vizcaya, de 26 de junio, aplicable en el Territorio Histórico de Vizcaya, y el artículo 26 de la Norma Foral 7/1996 de Guipúzcoa, de 4 de julio, aplicable en el Territorio Histórico de Guipúzcoa, todas normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades. Para las sociedades que inicien su actividad empresarial gozarán de una reducción de un 99, 75, 50 y 25 por 100, respectivamente, de la base imponible positiva derivada del ejercicio de sus explotaciones económicas, en los cuatro periodos impositivos consecutivos, a partir del primero en que dentro del plazo de cuatro años desde el inicio de su actividad empresarial, obtengan bases imponibles positivas, y realicen unas inversiones mínimas y la creación de al menos 10 puestos de trabajo.

⁶ Sentencia UGT-La Rioja y otros, apartados 55 y 60.

⁷ Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, C 83.

⁸ LÓPEZ ESPADAFOR, C.M.: *Incidencia del Derecho Internacional General en Materia Tributaria*, IEF, 2005, pág. 9.

A) La STJUE, de 9 de junio de 2011, relativa al asunto Diputación Foral de Vizcaya y otros/ Comisión (C-465/09 P a C-470/09 P)

En 1994 la Cámara de Comercio e Industria de La Rioja y la Federación de Empresas de La Rioja, a las que se añadieron posteriormente otras empresas e instituciones, presentaron una denuncia ante la Comisión Europea, lo que se tradujo que en noviembre de 2000 se procediera a la apertura de un procedimiento de infracción por la citada Comisión, por entender que las normas forales aprobadas⁹ no eran compatibles con las normas que regulan el mercado interior comunitario al suponer unas «ayudas de Estado», con la particularidad de que previamente no se había pedido autorización previa de las autoridades comunitarias, con la consiguiente devolución del dinero indebidamente deducido en el Impuesto sobre Sociedades.

Contra la decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2000 de incoar procedimiento de investigación formal, previsto en el artículo 88.2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), con respecto a las ayudas fiscales en forma de exención del Impuesto sobre Sociedades (asuntos T-30/01 a T-32/01), así como contra las decisiones definitivas, de 20 de diciembre de 2001, de la Comisión (asuntos T-86/02 a T-88/02), las diputaciones forales interpusieron sendos recursos de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia, que fueron desestimados en Sentencia del citado tribunal, de 9 de septiembre de 2009. La Comisión adujo que al recibir la posterior denuncia del año 2000, tuvo la confirmación de la existencia de una empresa beneficiaria, al mismo tiempo que consideraba que los regímenes fiscales controvertidos constituían ayudas estatales prohibidas por el citado tratado¹⁰.

Contra dicha sentencia del TJUE, las diputaciones forales vascas interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el TJUE en la Sentencia de 9 junio de 2011, antes citada (C-465/09 P a C-470/09 P).

En las decisiones definitivas, la Comisión consideró que los regímenes fiscales controvertidos de los territorios forales (exención durante el plazo de 10 años) constituían ayudas de Estado y no ayudas existentes en el sentido del artículo 1, letra b), del Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, sin que, en ningún caso, fueran objeto de autorización expresa o tácita, cuando además en ningún momento se produjo la notificación a dicha Comisión, por lo que las ayudas serían ilegales. Ayudas que para la Comisión no revestían el carácter de ayudas a la inversión o empleo, ya que las citadas ayudas no se determinaban en función del importe de la inversión ni del número de puestos de trabajo creados (aunque se exigen estos dos requisitos) sino en función de la base imponible. Por lo que habían de calificarse dichas ayudas como de ayudas de *funcionamiento* para dicho órgano.

El Tribunal de Justicia, en primer lugar, rechaza en la citada Sentencia de 9 de junio de 2011 que nos encontramos, como alegan los recurrentes, unas «ayudas existentes» de conformidad con el

⁹ Normas Forales 18/1993, 5/1993 y 11/1993.

¹⁰ En el recurso presentado por la Comisión ante el TJUE en mayo de 2011 solicitó la imposición a España de una multa diaria de 236.044 euros por cada día que trascurra entre la fecha de la Sentencia de 9 de junio de 2001 (fecha del segundo fallo condenatorio) y hasta que España acate la sentencia con la recuperación de las cantidades deducidas, y otros 25.817 euros por cada día transcurrido desde la primera resolución, dictada en diciembre de 2006, hasta que se emita la segunda.

artículo 1, letra b), inciso v), del Reglamento 659/1999, es decir, la existencia de una medida que en el momento que se llevó a cabo no constituía ayuda ¹¹.

En segundo lugar, los recurrentes adujeron que los regímenes fiscales controvertidos habían sido implícitamente autorizados por la Comisión o por el Consejo. En este sentido, el Tribunal de Justicia señala que la Comisión debe ser informada de los proyectos dirigidos a conceder ayudas, de conformidad con el artículo 88.3 del TCE (actual art. 108.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–), procediendo a un primer examen que dará lugar a la iniciación de un procedimiento contradictorio previsto en la apartado 2 de dicho artículo, en el caso de que considere que las ayudas no son compatibles con la prohibición establecida en el artículo 87 del TCE (actual art. 107 TFUE ¹²). Por tanto, la Comisión realiza un control preventivo, sin que las ayudas puedan ser ejecutadas hasta que las mismas las haya declarado compatibles mediante el oportuno acto, en el que haya fijado definitivamente su posición. En este caso, el TJUE rechaza que haya existido un acto de la Comisión declarando compatibles las ayudas antes de recibir la denuncia del año 2000 y de adoptar la decisión de incoar el procedimiento, las cuales no fueron notificadas a dicha institución, cuando además dicha autorización no puede inferirse del mero silencio de la Comisión ¹³, asunto *Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión*, STJUE de 11 de noviembre de 2004 (C-183/02 P y C-187/02 P, Rec.p.I-10609, apartado 52).

En tercer lugar, en materia procesal, el Tribunal de Justicia desestima la alegación de que el Tribunal de Instancia hubiera cometido un error de derecho al no requerir la aportación de pruebas documentales a la Comisión de que esta había autorizado los regímenes fiscales, ya que para el citado Tribunal de Justicia la Comisión en ningún momento autorizó dichos regímenes.

En cuarto lugar, los interesados adujeron la inaplicación de las *Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional* del año 1998 ¹⁴, que entraron en vigor después de la aprobación de los regímenes fiscales, y la calificación de ayudas de funcionamiento, violando los principios de seguridad jurídica e irretroactividad. Sin embargo, para el TJUE dichas directrices son medidas internas que no pueden calificarse de norma jurídica, sino una regla de conducta de la práctica a seguir y de la cual no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato, asunto *Dansk Rorindustri y otros/Comisión* [STJUE de 28 de junio de 2005 (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec.p.I-5425, apartado 209)]. Directrices que son de aplicación inmediata, de conformidad con el punto 6.1 de las citadas Directrices del año 1998, salvo que hubieran sido notificadas previamente a la Comisión antes de la adopción de dichas directrices, y que deberán ser evaluadas con arreglo a las reglas vigentes en el momento de la notificación de dichas ayudas. Por lo que, en el caso enjuiciado, al no haberse notificado las ayudas, de conformidad con el apartado 3 del artículo 88 del TCE, las ayudas debían ser evaluadas conforme a las Directrices de 1998.

Por otra parte, con la aplicación de las Directrices de 1998 a una situación en curso, no a una situación que haya adquirido el carácter definitivo, no se infringió *el principio de irretroactividad*

¹¹ Apartado 87.

¹² Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, C 83.

¹³ Apartado 100.

¹⁴ DO 1998, C 74, pág. 9, en su versión modificada (DO 200, C258, p.5).

para el Tribunal de Justicia, asunto *Pokzeptowicz-Meyer* [STJUE de 29 de enero de 2002, (C-162/00, Rec.p.I.-1049, apartado 51)]. Tampoco se infringió el principio de *seguridad jurídica*, como principio general de Derecho de la Unión que exige que las normas sean claras, precisas y previsibles en sus efectos, en especial cuando pueden tener consecuencias desfavorables para los individuos y las empresas, caso *Förster* [STJUE de 18 de noviembre de 2008 (C-158/07, Rec.p.I-8508, apartado 67)]. Cuando para la aplicación de las normas de la Unión se exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar su evaluación a las necesidades de esa política, asunto *Musique Diffusion française y otros/ Comisión* [STJUE de 7 de junio de 1983 (100/80 a 103/80, Rec.p.1825, apartado 109)], no resultando razonable que un Estado miembro que no ha notificado un régimen de ayudas a la Comisión espere que dicho régimen sea evaluado con arreglo a las reglas aplicables en el momento en se adoptó¹⁵.

En quinto lugar, los recurrentes consideraron como un error de Derecho la duración irrazonable del procedimiento de examen preliminar de los regímenes controvertidos, dado que la Comisión no había permanecido inactiva mientras se desarrollaba el examen y había podido estimar, en particular, que no disponía aún de los datos necesarios para cerrar el procedimiento, aunque estaba en condiciones de adoptar la decisión de adoptar e incoar el procedimiento y las decisiones definitivas sin disponer de la información solicitada. Por tanto, para los recurrentes existió un error de Derecho al no reconocer el Tribunal de Primera Instancia la inacción de la Comisión y la duración del procedimiento de examen preliminar, y que constituían una circunstancia excepcional que podía justificar una *confianza legítima* en la regularidad de las ayudas otorgadas, por lo que tal circunstancia impediría la recuperación de tales ayudas.

Sin embargo, el hecho en que entre la primera denuncia en 1994 hasta que la notificación a España de la Decisión de incoar el procedimiento, en noviembre de 2000, hubieran transcurrido 79 meses, así como la inacción de la Comisión a juicio de los recurrentes, no justifica para el TJUE que un Estado miembro cuyas autoridades han concedido una ayuda infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el artículo 88 del TCE (actual art. 108 TFUE) pueda invocar el principio de confianza legítima de los beneficiarios para eludir su obligación de adoptar medidas necesarias para la ejecución de la decisión de la Comisión en la que se ordena recuperar la ayuda, ya que ello privaría de eficacia a la prohibición de ayudas de Estado, contenidas en los artículos 87 y 88 del TCE (actuales arts. 107 y 108 TFUE), al poder apoyarse así las autoridades nacionales en su propio comportamiento ilícito para dejar sin efecto las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud de dicha prohibición, asunto *Italia/Comisión* [STJUE de 29 de abril de 2004 (C-372/97, Rec.p.I-3679, apartado 112)]. Cuando, por otra parte, el Estado y sus entes territoriales no respetaron la obligación de notificación (art. 88.3 TCE) ni respondieron con precisión a la solicitud de información que le fue remitida por la Comisión durante el procedimiento de examen preliminar, en virtud del deber de colaboración en el supuesto de concesión de ayudas como excepción a la prohibición general, caso asunto *Italia/Comisión*, antes citado, apartado 81. Con base en lo cual, no puede alegar dicho Estado el principio de confianza legítima, asunto *Italia/Comisión* [STJUE de 21 de marzo de 1991 (C-303/88, Rec.p.I-1433, apartado 43)]. Aunque la Comisión tenga la obligación de actuar dentro de un plazo razonable en la fase preliminar –incoar la siguiente fase o el archivo–, asunto *Athinaiki Techniki/ Comisión* [STJUE de 17 de julio de 2008 (C-521/06 P, Rec.p.I-5829, apartado 40)], en este caso, cuando no se notificaron los regímenes fiscales controvertidos, ni los recurrentes ofrecieron una res-

¹⁵ Apartado 127.

puesta precisa a la solicitud de información remitida por la Comisión a las autoridades españolas el 19 de enero de 1996, no cabe para el tribunal la apreciación de dicho principio de confianza legítima. Además, la Comisión conoció de al menos una empresa beneficiaria de los regímenes gracias a la denuncia del año 2000, presentada por una empresa competidora de la beneficiaria, por lo que a falta de respuesta de las autoridades españolas a la solicitud de información de los beneficiarios de los regímenes fiscales, la Comisión no disponía de los datos suficientes que le hubieran permitido valorar el alcance real de dichos regímenes ¹⁶, con base en lo cual no debía cerrar el procedimiento. Sin que la inacción de la Comisión, en este caso, donde no se notificaron las ayudas ni las autoridades españolas colaboraron, pueda a juicio del TJUE justificar excepcionalmente una confianza legítima con base en una autorización presunta de dichos regímenes ¹⁷.

Finalmente, los recurrentes adujeron la infracción del principio de *igualdad de trato* con motivo de la excesiva duración del procedimiento abierto por la Comisión para el examen preliminar, respecto de otros casos en que se consideró irrazonable la duración del procedimiento, con lo que se infringía dicho principio recogido en el artículo 14.1 del Reglamento 659/1999. Sin embargo, para el TJUE dichos recurrentes no demostraron de forma jurídicamente suficiente que el caso de los regímenes fiscales vascos fuera comparable a las situaciones en las que la Comisión estimó excesiva la duración del procedimiento del examen preliminar contemplado en el artículo 88.3 del TCE (actual art. 108.3 TFUE), con base en la inexistencia de ayuda, en que la larga duración del procedimiento no era imputable al Estado miembro afectado, o en el hecho de que el beneficio controvertido no había sido aplicado al único beneficiario del régimen en cuestión, circunstancias que para el TJUE no ocurren en el presente y que no pueden compararse con aquellas decisiones en que se apreció una duración excesiva.

En resumen, la sentencia del TJUE confirmó que los regímenes forales fiscales constituían ayudas de Estado, al favorecer a determinadas empresas, dado que confieren una ventaja a los beneficiarios, consistente en una reducción de las cargas que normalmente gravan su presupuesto, que afecta a la competencia y falsea los intercambios comerciales entre los Estados miembros, ya que las condiciones para la concesión de ayuda excluyen a las empresas radicadas en la Comunidad del País Vasco que no cumplan dichas condiciones ¹⁸, así como, no estar justificadas en la naturaleza o la economía del sistema fiscal, ya que las autoridades españolas no aportaron ninguna información a este respecto.

Ayudas de carácter selectivo, ya que no pueden beneficiarse de dichas ayudas las empresas que no cumplen los requisitos (inversión y empleo) y que no tienen el carácter *de minimis*, por lo que debían haber sido objeto de notificación, al mismo tiempo que la supeditación de las ayudas a una inversión mínima y a la creación de un número mínimo de puestos de trabajo no estaba amparada por las normas comunitarias en materia de ayudas estatales a la «inversión o a la creación de empleo» de finalidad regional, porque la base de dichas ayudas no era el importe de la inversión ni el número de puestos de trabajo, sino la base imponible del gravamen, con base en lo cual constituían verdaderas

¹⁶ Apartado 158.

¹⁷ Aunque la Comisión no publicase en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el aviso a que se refiere la Comunicación de 1983 sobre ayudas ilegales.

¹⁸ Apartado 45 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2009, asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02. Concretamente, «excluyen a toda empresa creada antes de la entrada en vigor de la norma foral, que haya generado menos de 10 puestos de trabajo, cuyas inversiones sean inferiores a 80.000.000 de pts. y cuyo capital desembolsado no supere los 20.000.000 de pts».

ayudas de funcionamiento, en la medida en que liberan a las empresas de costes que normalmente habrían debido soportar en sus actividades normales, en este caso la liberación parcial del Impuesto sobre Sociedades.

Los requisitos de inversión mínima y de generar un mínimo de puestos de trabajo solo son requisitos de acceso al régimen de ayudas, necesarios para poder obtener las exenciones fiscales. Pero una vez cumplidos los requisitos, el importe de la ayuda depende de la base imponible positiva de la empresa, equivalente al resultado de explotación, y no del importe de la inversión.

B) Las SSTJUE, de 28 de julio de 2011, relativas a los asuntos Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión (C-471/09 P a C-473/09 P) y Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión (C-474/09 P a 476 P)

Los procedimientos, sobre las ayudas consistentes en el otorgamiento de un crédito fiscal del 45 por 100 de las inversiones en activos fijos materiales nuevos (*asuntos C-471/09 P a C-473/09*) y reducciones graduales de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades (*asuntos C-474/09 P a 476 P*), las cuales no fueron notificadas a las autoridades comunitarias, tuvieron su origen en las denuncias presentadas en junio de 1996 y octubre de 1997 contra la aplicación de las citadas medidas en Álava a las empresas Daewo Electronics Manufacturing España, SA (*Demesa*) y Ramondín, SA y Ramondín Cápsulas, SA (*Ramodín*). La Comisión consideró dichas medidas ilegales, al tener carácter selectivo y no tener la consideración de ayudas regionales, de conformidad con el artículo 87.3 c) del TCE [actual art. 107, apartado 3, letra c) TFUE], al superar los límites de los sucesivos mapas correspondientes a las citadas ayudas ¹⁹. En los recursos de casación formulados relativos a los asuntos *C-471/09 P a C-473/09 –crédito fiscal del 45% a las inversiones–*, los recurrentes alegaron varios motivos: la violación del artículo 14.1 del Reglamento 659/1999, en conexión con el principio de protección de la *confianza legítima* y con el de *proporcionalidad*, respectivamente, ya que la Comisión nunca había comunicado la duda sobre la legalidad de los regímenes fiscales de 1988 ²⁰ y 1993 (inacción de la Comisión) ²¹, así como en la *inobservancia de las normas en materia de práctica de la prueba*, mientras que en los asuntos *C-474/09 P a 476 P –reducciones graduales en base imponible–* los interesados alegaron la infracción del citado artículo en conexión con el *principio de confianza legítima* y la *inobservancia de las normas en materia de práctica de la prueba*.

En cuanto al motivo de *confianza legítima* alegado para eludir la ejecución de la decisión de recuperar la ayuda, consecuencia de que la Comisión no formuló objeciones a los regímenes fiscales de 1988 y 1993, análogos a los aprobados en los citados asuntos, motivo que constituiría una circunstancia excepcional que avalaría dicha confianza, el TJUE reitera que no cabe invocar dicho motivo al

¹⁹ Ya que la base de dichas ayudas no es el importe de la inversión, el número de puestos de trabajo o su correspondiente coste salarial, sino la base imponible (ayudas consistentes en reducciones de base imponible). Al mismo tiempo que las ayudas consistentes en la deducción en cuota del 45 por 100 por inversión en activos, cabía la posibilidad de su aplicación a gastos que no tendrían la consideración de inversión.

²⁰ Objeto de Decisión 93/337/CEE de la Comisión, de 10 de mayo de 1993, relativa a un sistema de ayudas fiscales a la inversión (DOL 134, pág. 25).

²¹ Exención del Impuesto sobre Sociedades, objeto de la Sentencia del TJUE (C-465/09 P a C-470/09 P), de 9 de junio de 2011.

haberse infringido las normas de procedimiento (la notificación de los regímenes a la Comisión), en contra de lo establecido en el artículo 88.3 del TCE (actual art. 108.3 TFUE)²², ya que en caso contrario se vaciaría de eficacia el contenido de los artículos 87 y 88 del TCE (actuales arts. 107 y 108 TFUE)²³. En ese sentido, el TJUE subraya que la inacción de la Comisión con respecto a una ayuda estatal carece de significación en el caso de que dicha ayuda no haya sido notificada²⁴.

Por otra parte, respecto de los regímenes de ayudas de 1988, la Decisión 93/337/CEE de la Comisión ya calificó los citados regímenes como contrarios al artículo 52 del tratado, criterio que fue confirmado en la sentencia *Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión*²⁵, antes citada, al considerar el TJUE que los citados regímenes eran contrarios al citado artículo, sin que pudieran incluirse dichos regímenes en las excepciones del artículo 92 del TCE (posterior art. 87 TCE)²⁶. Igualmente, respecto de los regímenes de 1993, también el TJUE desestimó la alegación sobre la confianza legítima basada en la inacción de la Comisión, en su Sentencia de 9 de junio de 2011, *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión*²⁷ (C-465/09 P a C-470/09 P), por lo que la citada inacción de la Comisión no podía calificarse como circunstancia excepcional y que su silencio no podía interpretarse como una autorización presunta de dichos regímenes para justificar una confianza legítima de los interesados en la regularidad de las ayudas otorgadas en aplicación de los mismos²⁸.

En cuanto al segundo motivo de casación, *asuntos C-471/09 P a C-473/09*, basado en la violación del *principio de proporcionalidad*, ya que la recuperación de la totalidad de las ayudas ordenada por la Comisión infringía dicho principio, quedando obligada la Comisión a dictar una medida menos gravosa: recuperar los importes que sobrepasasen el límite máximo fijado para las ayudas de finalidad regional. Sin embargo, el TJUE rechaza dicha argumentación, ya que la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación, con objeto de restablecer la situación anterior, no puede considerarse en principio desproporcionada, *asunti CELF y Ministre de la Cultura et de la Communication* [STJUE de 11 de marzo de 2010 (C-1/09, apartado 54)], sin que, en la fase de la recuperación de las ayudas como consecuencia de las decisiones de la Comisión, sea necesario distinguir según que los importes sobrepasen o no los límites máximos establecidos para las ayudas de finalidad regional. Será en una etapa posterior, al proceder a recuperar efectivamente las ayudas individuales, cuando las autoridades españolas pueden pedir a la Comisión, basándose en un régimen de ayudas de finalidad regional, que excluyera en su caso de la obligación de recuperación de alguna ayuda individual específica²⁹, circunstancia que no fue cumplida por los recurrentes, quienes en la fase admi-

²² Con independencia de que la confianza legítima haya sido invocada por el Estados o por los entes territoriales, apartado 151, asunto *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* (Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011).

²³ En el mismo sentido, apartado 150, asunto *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* (Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2011).

²⁴ Apartado 52, asunto *Demesa y Territorio de Álava/Comisión* (STJUE de 11 de noviembre de 2004 –C-183/02 P y C-187/02 P).

²⁵ Apartados 50 y 51, asunto *Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión*.

²⁶ Apartado 48, asunto *Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión*.

²⁷ Apartados 148 a 166, *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión*.

²⁸ Argumentación que el tribunal la hace extensible (asuntos C-474/09 P a 476 P) a que la Comisión no realiza actuación alguna respecto de la Ley 22/1993, ya que dicha ley no fue notificada, al existir una falta de similitud de la misma con los regímenes fiscales controvertidos (reducciones en base imponible y no en cuota).

²⁹ *Asunti CELF y Ministre de la Cultura et de la Communication*, apartados 64 y 115.

nistrativa no aportaron información alguna sobre la compatibilidad de las ayudas en ciertos casos individuales, limitándose a alegar que la recuperación era desproporcionada.

Con relación al tercer motivo de casación, basado en la inobservancia de las normas en materia de práctica de pruebas, al haber rechazado el Tribunal de Primera Instancia la petición formulada en la vista oral de que se requiriera a la Comisión toda la documentación concerniente a las actas de determinadas reuniones, lo que acreditaría la suscitada confianza legítima, para el TJUE dicha petición no permitía identificar los documentos concretos cuya presentación se solicitaba, ni los datos contenidos en ellos habrían podido respaldar la tesis de los recurrentes.

Por su parte, las Cámaras de Comercio que se adhirieron a la casación (*asuntos C-471/09 P a C-473/09 y C-474/09 P a 476 P*) alegaron la infracción del citado artículo 14.1 del Reglamento 659/1999 por tres motivos: la violación de los *principios de seguridad jurídica, de buena administración y de igualdad de trato*, artículo que establece que la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho de la Unión.

Las Cámaras de Comercio alegaron que la duración del procedimiento preliminar (38 y 39 meses, respectivamente, entre la presentación de la primera denuncia –1996– y la incoación del procedimiento de investigación formal de los regímenes –1999–) violaba los principios de seguridad jurídica y de buena administración, lo que impediría la recuperación de las ayudas. No obstante, dichos regímenes no fueron notificados de acuerdo con el artículo 88.3 del TCE, por lo que para el TJUE la Comisión no estaba sometida a la regla del plazo de examen establecido en el artículo 4.5 del citado Reglamento 659/1999, cuando, por otra parte, la Comisión tuvo conocimiento de los regímenes fiscales forales con posterioridad a la denuncia presentada en 1996 contra las ayudas individuales a *Demesa* y no contra los regímenes controvertidos, por lo que no puede reprocharse que la Comisión actuase fuera de un plazo razonable y violara los principios de seguridad jurídica y de buena administración en la tramitación del procedimiento de examen preliminar de los regímenes. Por otra parte, el hecho de que no se publicara el aviso en el Diario de las Comunidades Europeas³⁰ no puede impedir para el TJUE la recuperación de las ayudas concedidas ilegalmente en aplicación de los regímenes controvertidos, en especial habida cuenta de que en el caso de las ayudas no notificadas, lo que provoca una falta de seguridad jurídica para los beneficiarios no es el hecho de que se omita publicar ese aviso, sino la falta de notificación de las ayudas³¹, por lo que no se violaron los principios de seguridad jurídica y de buena administración en la tramitación del procedimiento.

Finalmente, sobre la alegación relativa a la infracción del principio de igualdad de trato, el TJUE desestimó dicha alegación ya que las Cámaras de Comercio no acreditaron que las situaciones del caso controvertido fueron comparables a otras en que la Comisión hubiera estimado anteriormente que la duración del procedimiento preliminar hubiera sido excesiva y podía suscitar una confianza legítima en la regularidad de una ayuda estatal³².

³⁰ Comunicación de 1983 sobre las ayudas ilegales.

³¹ *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* (C-465/09 P a C-470/09 P, apartado 164).

³² Decisiones relativas a medidas en que se había declarado la inexistencia de ayuda, o el hecho de la larga duración del procedimiento no era imputable al Estado miembro o el hecho de que el beneficio fiscal controvertido no había sido aplicado al único beneficiario del régimen en cuestión.

Con base en lo cual, el TJUE confirmó la consideración de los beneficios otorgados como «ayudas de Estado», dado su carácter selectivo, al favorecer a determinadas empresas radicadas en dichos territorios ³³, frente a otras que se encuentren en una situación objetivamente comparable.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LAS AYUDAS DE LOS TERRITORIOS FORALES VASCOS

El artículo 3 del TUE señala la obligación de la Unión de establecer un mercado interior, apoyando el desarrollo sostenible de Europa en una economía social altamente competitiva. Para el funcionamiento correcto de dicho mercado, la Unión tiene competencia exclusiva para el establecimiento de las normas sobre competencia, de acuerdo con el artículo 3.1 b) del TFUE, con el objeto de evitar la competencia desleal ³⁴, prohibida por el artículo 107 de este último tratado.

En ese sentido, el artículo 107.1 del TFUE (antiguo art. 87.1 TCE) establece que «serán incompatibles con el mercado común, en la medida que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos públicos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas y producciones».

El artículo 107.1 del TFCE establece un concepto genérico de ayuda de Estado como cualquier medida tendente a aliviar las cargas que normalmente pesan sobre las empresas, con independencia de la finalidad o el organismo otorgante, siendo primordial sus *efectos* para el otorgamiento de dicha calificación, asunto *Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión*, antes citado, y no con base en las causas o a los objetivos de las medidas adoptadas por los Estados miembros ³⁵; concepto de ayuda que ha sido desarrollado por el TJUE, como concepto autónomo de Derecho Comunitario, independiente de la definición que establezca la norma nacional, integrante de cualquier incentivo fiscal para las empresas que aligeran su funcionamiento, asunto *Ladbroke Racing* [STJUE de 16 de mayo de 2000 (C-480/98)].

Para que un beneficio fiscal sea contrario a lo previsto en el artículo 107.1 del TFUE deben cumplirse los requisitos enunciados en dicho precepto, y suponer una ventaja que favorezca a determinadas empresas frente a otras empresas o sectores en la misma situación objetivamente comparable, de modo que se falsee la competencia afectando a los intercambios comerciales, valorándose restrictivamente las excepciones que pueden justificar una medida, no estando justificadas las basadas simplemente en la *naturaleza y estructura del sistema tributario*.

³³ Ya que favorecen a las empresas que realicen inversiones por encima del umbral de 2.500.000.000 de pts. (apartado 28 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2009, asuntos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01), así como las reducciones de la base imponible controvertidas tienen carácter selectivo, habida cuenta de las condiciones en las que se aplican (apartado 22 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2009, asuntos T-230/01 a T-232/01 y T-267/01 a T-269/01).

³⁴ Competencia desleal, perniciosa, lesiva. *Harmful Tax Competition* para la OCDE.

³⁵ CASADO OLLERO, G.: «Extrafiscalidad e incentivos fiscales a la inversión en la CEE», *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario*, Granada, TAT, 1987, págs. 166 y ss.

Estos requisitos son, en primer lugar, la intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario; en tercer lugar, esta intervención debe afectar (o poder afectar) a los intercambios comerciales de los Estados miembros; y, en cuarto lugar, debe ser *selectiva*, favoreciendo a determinadas empresas, con el resultado de falsear o amenazar con falsear la competencia, asunto *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* [STJUE de 24 de junio de 2003 (C-280/00, Rec.p.I-7747, apartados 74 y 75)], y sin que esté incluida en las excepciones previstas en el artículo 107 apartados 2 y 3 del TFUE.

Los citados requisitos eran cumplidos por los regímenes fiscales aprobados por las diputaciones forales vascas, sin embargo cabía la duda de si dichos regímenes tenían el carácter de «selectivos» por el mero hecho de haber sido dictados por unos entes infraestatales. Para que una medida fiscal sea considerada *selectiva*, ha de favorecer a determinadas empresas frente a otras, a través de una medida legal, reglamentaria o administrativa, ya que tan solo las medidas de *carácter general* permanecen fuera del radio de acción del artículo 107.1 del TFUE, siendo incompatibles únicamente los beneficios fiscales que benefician a unas empresas frente a otras, para lo cual hay que determinar el marco de referencia, el régimen tributario en relación con el cual se está estableciendo una ayuda, la cual supone una excepción a dicho régimen general (*método de derogación*). Se trata de identificar las desviaciones o tratamientos preferentes sobre la estructura general de tributación ³⁶, que atendiendo a sus efectos pueden ser calificadas de ayudas selectivas ³⁷. En resumen, para considerar a una medida como selectiva basta que los efectos de ella sitúen a un sector o determinados contribuyentes en situación de ventaja económica frente a otros, dentro de un mismo marco territorial que puede referirse a un ente infraestatal.

La medida fiscal prohibida debe suponer una excepción a la aplicación del sistema fiscal a favor de determinadas empresas de un mismo marco territorial, con la consiguiente desviación del régimen impositivo ordinario vigente beneficiando a un determinado sector o grupo de contribuyentes ³⁸, lo que coloca a estos en una situación más favorable respecto de otros obligados tributarios con el falseamiento de la libre competencia.

Tradicionalmente la Comisión venía considerando como selectivas aquellas medidas de ámbito territorial regional ³⁹, asunto *Francia/Comisión, Kimberley-Clarke* [STJUE de 26 de septiembre de 1996 (C-241/94, Rec.p. I-4578)] ⁴⁰, salvo aquellas medidas que la propia Comisión había declarado compatibles al tener como finalidad alcanzar el desarrollo regional [art. 107.3 a) TFUE] ⁴¹, circunstancia que

³⁶ SOLER ROCH, M.T.: «Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJUE sobre ayudas de Estado», *Quincena Fiscal*, núm. 14/2006.

³⁷ RUIZ DE ALMENDRAL, V.: «¿Vuelta a la casilla de salida? El Concierto Económico vasco a la luz del ordenamiento comunitario», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 83, 2009, pág. 301

³⁸ Apartados 12, 17 y 22 de la Comunicación 98/C 384/03.

³⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.: «Las ayudas de finalidad regional y la cohesión económica y social, Ayudas Públicas y libre competencia con el mercado europeo», *Boletín Asturiano sobre la Unión Europea*, núm. 9, abril, 1996, págs. 61 y ss.

⁴⁰ SCHON, W.: «Taxation and State Aid Law in the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 36/1999, págs. 922 y ss.

⁴¹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, A.: «El concepto de Ayuda de estado y las normas tributarias; problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87 del TCE», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 196, 2001, pág. 102

no concurría en los regímenes fiscales vascos controvertidos ⁴², como antes se ha señalado ⁴³, al no estar destinadas al desarrollo de los citados territorios forales, ni a la inversión o generación de empleo ⁴⁴.

No obstante, las sentencias citadas del TJUE resuelven los correspondientes recursos de casación que fundamentalmente reproducen las alegaciones formuladas en primera instancia. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, en el recurso de casación no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento. Por lo que los recurrentes reiteraron sus alegaciones sin manifestar que dichas medidas podrían tener carácter «general», aunque hubieran sido dictadas por entes infraestatales, resultado sorprendente que los demandantes en primera instancia desistieran, por ejemplo, del primer motivo del recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, que las medidas acordadas fueran medidas generales, apartado 105 de la Sentencia de dicho Tribunal de 9 de septiembre de 2009 [(asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02), NFJ034936].

Aunque el Derecho Comunitario es indiferente a la autonomía financiera que la Constitución atribuye a las comunidades autónomas ⁴⁵, dada la primacía del Derecho Comunitario, asunto *Hansa Fleisch/Landrat des Kreises Sheeswing-Flesbrug* (STJUE de 10 de noviembre de 1992), el cual se impone al reparto competencial tributario establecido tanto en territorio común como en ámbito foral ⁴⁶, la propia Constitución establece la distribución de competencias entre el Estado y dichas comunidades ⁴⁷.

El TJUE también había considerado las medidas fiscales de ámbito regional como ayudas prohibidas al beneficiar a determinadas empresas ⁴⁸, cuando alteraran el régimen normal de tributación de un Estado miembro, asuntos *Alemania/Comisión* [STJUE de 19 de septiembre de 2000 (C-156/98, Rec.I-6857, apartados 78 a 83)], *España/Comisión* [STJUE de 15 de julio de 2004 (C-501/00, NFJ018453)]. En el mismo sentido, en el caso *Ramodín y otros/Comisión* [STJUE de 11 de noviembre de 2004 (C-186/02 P y C-188/02 P, Rec.p.I-10653)], donde el citado tribunal no aceptó el principio de autonomía territorial, ni asumió las medidas selectivas adoptadas por un ente subcentral por la existencia de un régimen fiscal especial como el vasco.

Sin embargo, esta postura tradicional del TJUE ⁴⁹ sufrió un vuelco a partir de la sentencia del caso Azores, sentencia *Portugal/Comisión* [STJUE de 6 de septiembre de 2006 (C-88/03, NFJ023663)], don-

⁴² Por ejemplo, apartado 50 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2009, asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02.

⁴³ Por ejemplo, apartado 18 de la Sentencia del TJUE, de 28 de julio de 2011, asuntos C-471/09 P a C-473/09 P.

⁴⁴ Apartado 24 de la STJUE, de 9 de junio de 2011 (asuntos C-465/09 P a C-470/09 P), y apartado 19 de la STJUE, de 28 de julio de 2011 (asuntos C-474/09 P a C-476/09 P), relativos a los regímenes fiscales controvertidos en dichas sentencias.

⁴⁵ MARTÍNEZ GARCÍA-MONCO, A.: *Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1996, pág. 4.

⁴⁶ FALCÓN Y TELLA, R.: «El papel de la jurisprudencia en la armonización fiscal europea», en *Sistema Fiscal español y armonización europea*, Marcial Pons, 1995, págs. 46 y 47.

⁴⁷ GARCÍA MARGALLO; MÉNDEZ VIGO; MARTÍNEZ PUJALTE LÓPEZ: *Financiación de las Comunidades y Corresponsabilidad Fiscal*, Fundación Bancaixa, Valencia, 1996, pág. 219.

⁴⁸ PINTO, C.: *Tax competition and EU Law*, Netherlands: Kluwer Law Internacional, 2003 (EUCOTAX), volumen 7, págs. 103-118.

⁴⁹ PASCUAL GONZÁLEZ, M.: *Las ayudas estatales de carácter fiscal. Su incidencia en el Régimen Económico y Fiscal de Canarias*, Gobierno de Canarias, Universidad de La Laguna, 2001, págs. 208 y 209.

de el citado tribunal realizó un cambio jurisprudencial al tener en cuenta la autonomía de los entes subcentrales para apreciar si una medida fiscal regional es o no *selectiva*, ya que no puede otorgarse dicho calificativo por el simple motivo de que la misma se aplique a una zona geográfica limitada. Para dicha consideración el citado tribunal estableció una serie de requisitos para reconocer a un ente subcentral una autonomía política y financiera suficientemente autónoma, para establecer como marco de referencia su territorio, a la hora de aplicar el criterio de selectividad constitutivo del concepto de ayuda de Estado, respecto de una medida que pudiera favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por un determinado régimen, asunto *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* [STJUE de 8 de noviembre de 2001 (C-143/99, Rec. p. I-8365, apartado 41)].

Requisitos que han sido confirmados respecto a los territorios históricos del País Vasco en la sentencia del asunto *UGT-La Rioja y otros* [STJUE de 11 de septiembre de 2008 (asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06), NFJ029238], en relación con el establecimiento con carácter general de un tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades por dichos territorios inferior al del Estado, así como por la creación de una deducción en la cuota líquida de dicho impuesto por la inversión en activos fijos materiales, no existente en el ordenamiento estatal. Por tanto, el marco de referencia no debe necesariamente coincidir con el territorio de un Estado, si la entidad infraestatal desempeña un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas, por lo que para apreciar si una medida es selectiva hay que determinar si la entidad infraestatal cumple con los requisitos de *autonomía institucional, autonomía de procedimiento y autonomía económico-financiera* ⁵⁰.

Autonomía institucional, que para el TJUE significa que la normativa a través de la que se introduce el beneficio fiscal de alcance territorial sea aprobada por una entidad infraestatal que, desde el punto de vista administrativo, cuente con un estatuto político que la designe como una Administración territorial distinta de la del Estado, es decir, «con un marco jurídico y fáctico que la haga suficientemente autónoma del Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas» (asunto *Azores*, apartados 57 y 58). Aunque el TJUE no define dicho marco, este puede abarcar los distintos modelos de organización territorial, desde el régimen autonómico español, hasta el *federalismo alemán* ⁵¹ o el Estado *regional italiano* ⁵², siempre que el ente público tenga reconocida una capacidad para determinar los fines, que como tal ente pueda perseguir, mediante el establecimiento de una política fiscal y presupuestaria propia, a través de actos que pertenecen al área de la función ejecutiva o de la función normativa ⁵³, lo que llevará a estos entes territoriales a definir un ordenamiento jurídico propio.

Autonomía institucional que ha sido reconocida por el TJUE en el apartado 87 de la sentencia del caso *UGT-La Rioja y otros*, sin que el hecho de que dicha autonomía haya sido reconocida por el Estado, a través de la Ley del Concierto, afecte al cumplimiento de estos requisitos, porque lo fun-

⁵⁰ Sentencia UGT-La Rioja y otros, apartados 55 y 60.

⁵¹ ALBERT ROVIRA E.: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid 1998, págs. 343 y ss.

⁵² MORTATI, C.: *Institutione di Diritto Pubblico*, t. I., 10.ª ed., Cedam, Padova, 1991, págs. 633 a 638.

⁵³ SIMÓN ACOSTA, E.: «La proyectada autonomía financiera regional», en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, pág. 591.

damental es que se les ha reconocido una autonomía, al margen de la amplitud, para su ejercicio con independencia del Gobierno central. Por otra parte, tampoco el hecho de que los territorios forales vascos no pudieran dictar normas con rango de ley, pudiendo ser controladas las normas dictadas por la jurisdicción nacional ordinaria (con anterioridad al llamado *blindaje*)⁵⁴, afectaba a dicha autonomía como reconoce el TJUE, ya que supone un control de legalidad, y no de fijación de los límites de la autonomía, apartados 80 y 83 del asunto *UGT-La Rioja y otros*.

Autonomía de procedimiento, que constituye el segundo requisito enunciado por el TJUE, basado en que la norma que crea la ventaja fiscal se elabore y apruebe sin interferencias del Estado central y sin que este pueda intervenir directamente en su contenido, para que pueda considerarse que dicha medida ha sido adoptada en el ejercicio de atribuciones lo suficientemente autónomas (sentencia del asunto Azores, apartado 57). Es decir, la ausencia de una intervención directa del Estado orientada a dirigir o condicionar la decisión de adoptar la ventaja fiscal⁵⁵, ya que en caso contrario el ente territorial no estaría ejerciendo realmente su autonomía financiera, con facultades suficientemente autónomas del poder central. No obstante, ni los controles genéricos de legalidad que pudiera desarrollar el Estado, ni el ejercicio por este de sus competencias de coordinación y solidaridad, ni que las normas institucionales básicas sean normas del Estado, determinan una intervención del Estado en la adopción de una medida fiscal por el ente subcentral que le impida hablar de su autonomía a estos efectos.

Autonomía procedimental que ha de ser reconocida a los territorios históricos vascos que ejerciten su capacidad normativa con total autonomía del Gobierno central, por lo que ni los controles de legalidad⁵⁶, ni la apelación al principio de solidaridad del artículo 138 de la CE⁵⁷, las limitaciones derivadas de la obligación de mantener una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del Estado⁵⁸ o evitar discriminaciones, afectan a dicha autonomía que se ejercita sin intervención estatal⁵⁹. Así lo ha reconocido el TJUE en el asunto *UGT-La Rioja y otros*, ya que ni la comunicación de las disposiciones forales en materia fiscal al Estado, ni las funciones de la Comisión de Coordinación y Evaluación Normativa a examinar los proyectos forales, ni el citado principio de solidaridad, ni que se tenga en cuenta el equilibrio económico de las diversas partes del territorio nacional a la hora de adoptar una norma tributaria, afectan a la autonomía de dichos territorios sino que fijan los límites de su competencia⁶⁰. En ese sentido, el hecho de que deban respetarse determinados límites preestablecidos a la hora de adoptar una medida no menoscaba su autonomía de decisión, ya que «no es la amplitud de la competencia reconocida sino que la entidad adopte, en virtud de la competencia, una decisión de manera independiente, es decir, sin que el Gobierno central pueda intervenir directamente en su contenido»⁶¹.

⁵⁴ Disposición adicional quinta de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, introducida por el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, que introduce el control del Tribunal Constitucional de las normas forales de los distintos territorios.

⁵⁵ Apartado 58, asunto Azores.

⁵⁶ STJUE, de 11 de septiembre de 2008, *UGT-La Rioja y otros*, apartado 83.

⁵⁷ STJUE, de 11 de septiembre de 2008, *UGT-La Rioja y otros*, apartado 102.

⁵⁸ STJUE, de 11 de septiembre de 2008, *UGT-La Rioja y otros*, apartado 104.

⁵⁹ RUIZ DE ALMENDRAL, V.: «¿Vuelta a la casilla de salida?...», pág. 524.

⁶⁰ STJUE, de 11 de septiembre de 2008, *UGT-La Rioja y otros*, apartados 95 a 104.

⁶¹ STJUE, de 11 de septiembre de 2008, *UGT-La Rioja y otros*, apartados 105 a 110.

La *autonomía económico-financiera* constituye el tercer requisito señalado por el TJUE para considerar una medida como de carácter general, es decir, la ausencia de una compensación financiera por las medidas forales de creación de beneficios fiscales. Para que la medida selectiva exista no «debe existir una compensación, es decir, una relación de causa efecto entre la medida fiscal tributaria adoptada por las autoridades forales y los importes puestos a cargo del Estado español», según el TJUE.

Autonomía que no queda deslegitimada por la existencia de un Fondo de Compensación Interterritorial previsto en el artículo 158.2 de la CE para el TJUE, apartado 120 del asunto *UGT-La Rioja y otros*, ni por fijación del cálculo del cupo en función de la renta relativa de dichos territorios, ya que para el TJUE no existe una causa a efecto entre la medida fiscal y los importes puestos a disposición por el Estado ⁶². Y, aunque la Comisión adujo en el citado asunto que el coeficiente de imputación a la hora de fijar el cupo estaba infravalorado, por lo que los territorios históricos contribuirían menos de lo que deberían a las arcas del Estado, el TJUE consideró que la fórmula del cálculo del cupo no influía en la reducción del tipo fiscal ni influye en la fijación de dicho coeficiente ⁶³.

Esta es la postura de ARMESTO MACÍAS y HERRERA MOLINA, para los cuales cualquier merma recaudatoria en los tributos gestionados por las Haciendas Forales del País Vasco recae exclusivamente sobre las instituciones de dicha comunidad autónoma, al no existir un *fondo de suficiencia* como el previsto en la LOFCA que le garantice un mínimo de financiación por lo que se cumpliría el requisito de autonomía económico-financiera ⁶⁴.

Autonomía que también tendrían las comunidades de territorio común para MARTÍNEZ CABALLERO y RUIZ DE ALMENDRAL ⁶⁵, así como para CALDERÓN CARRERO ⁶⁶ y para GARCÍA NOVOA ⁶⁷. Sin embargo, PÉREZ BERNABÉU opina contrariamente sobre la falta de dicha autonomía, debido a la existencia del Fondo de Suficiencia Financiera, de las asignaciones de nivel y del Fondo de Compensación Interterritorial ⁶⁸.

El último requisito exigido por el TJUE para considerar una medida fiscal como *no* «selectiva» es la *aplicación general* de la misma dentro de un determinado territorio, en este caso de una entidad infraestatal, respecto a las diferentes empresas, ramas de producción y servicios, ya que como señala la sentencia del caso *Azores*, apartado 54, el elemento de selectividad se basa en una comparación

⁶² STJUE, de 11 de septiembre de 2008, UGT-La Rioja y otros, apartado 137.

⁶³ STJUE, de 11 de septiembre de 2008, UGT-La Rioja y otros, apartado 126.

⁶⁴ ARMESTO MACÍAS, D. y HERRERA MOLINA, P.M.: «¿Es ayuda de Estado un tipo de gravamen regional inferior al vigente en el resto del territorio? (De la polémica doctrina del Tribunal Supremo a la fascinante opinión del Abogado General en el caso Azores y su relación para el País Vasco)», *Quincena Fiscal*, núm. 13, julio 2006, pág. 33 a 48.

⁶⁵ MARTÍNEZ CABALLERO, J.M. y RUIZ DE ALMENDRAL, V.: «Ayudas de Estado selectivas y poder tributario de las Comunidades Autónomas», *Civitas REDF*, núm. 20, octubre-diciembre, 2006, pág. 620.

⁶⁶ CALDERÓN CARRERO, y RUIZ DE ALMENDRAL, V.: «Autonomía financiera de las Comunidades Autónomas vs. Derecho Comunitario (la doctrina del TJUE en el caso Azores)», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 17, 2007, págs. 13 a 21.

⁶⁷ GARCÍA NOVOA, C.: «La sentencia del caso Azores y su influencia en el poder formativo de las Comunidades Autónomas en España», *Dereito, Revista Jurídica de Santiago de Compostela*, 2007, págs. 203 a 239.

⁶⁸ PÉREZ BERNABÉU, B.: «El requisito de la selectividad en las ayudas de Estado de carácter fiscal y su incidencia en el ordenamiento español: dos ejemplos recientes», *Revista de Información Fiscal*, octubre, 2009, pág. 73.

entre dos grupos de empresas que se encuentran en el mismo marco de referencia (aquellas que son beneficiarias de la ventaja y las que no lo son), que solo puede ser establecido con relación a una tributación que se considera normal. Marco de referencia que en el caso de la comunidad autónoma vasca, es la citada comunidad y los territorios históricos, *conjuntamente*, para el TJUE ⁶⁹.

Por tanto, las medidas fiscales autonómicas no son *medidas selectivas* por el mero hecho de crear tributaciones diferentes (derivado de una exención o reducción del tipo impositivo) y aplicarse únicamente a las empresas de su territorio. Por el contrario, será una medida de «carácter general» si dicha medida, aunque sea aplicable a las empresas localizadas en el territorio de su competencia, está abierta a todos los sectores económicos y todas las empresas que se encuentren en una situación objetivamente comparable.

El carácter selectivo, según reiterada jurisprudencia del TJUE, del concepto de ayuda de Estado, requiere, en el marco de un régimen jurídico concreto, que una medida nacional pueda favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una misma situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen», asuntos *Adria-Wien Pipeline* y *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* [STJUE de 8 de noviembre de 2001 (C-143/99, Rec.p.I-8365, apartado 41)], *Gil Insurance y otros* [STJUE de 29 de abril de 2004 (C-308/01, NFJ016759, apartado 68)], y *Heiser* [STJUE de 3 de marzo de 2005 (C-172/03, NFJ019666, apartado 40)].

Medida de carácter general, aunque haya sido dictada por un ente infraestatal, si cumple con los requisitos antes señalados anteriormente, asunto *Azores*, apartado 17. Sin embargo, en el caso de las medidas fiscales controvertidas dictadas por los *territorios históricos vascos* a que se refieren las Sentencias del TJUE, de 9 de junio y 28 de julio de 2011, antes citadas, no se cumple este último requisito, ya que dichas medidas *no tienen aplicación general*, al beneficiar a determinadas empresas frente a otras (aunque estuvieran radicadas en dichos territorios), por lo que dichas sentencias *no modifican* la jurisprudencia del TJUE anteriormente formulada en los asuntos *Azores y UGT-La Rioja y otros*, antes mencionados, donde en este último se trataba de ayudas establecidas por las diputaciones forales vascas, consistentes en la reducción del tipo impositivo del Impuesto sobre Sociedades, con carácter general para todas las empresas, a diferencia del supuesto estudiado ahora, consistente en la exención durante 10 años del Impuesto sobre Sociedades, el otorgamiento de un crédito fiscal del 45 por 100 a las inversiones en activos fijos materiales nuevos y reducciones graduales de tipos impositivos en el citado impuesto, medidas fiscales aplicables a «determinadas empresas» que cumplieran con los requisitos señalados en las citadas medidas, discriminando al resto que no tenían acceso a los beneficios fiscales creados. Es decir, dichas medidas fiscales favorecerían a determinadas empresas, por lo que tenían carácter selectivo, ya que las condiciones para la concesión de ayuda excluían a las empresas radicadas en la Comunidad del País Vasco que no cumplían dichas condiciones ⁷⁰.

⁶⁹ STJUE, de 11 de septiembre de 2008, UGT-La Rioja y otros, apartado 125.

⁷⁰ Por ejemplo, apartado 45 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2009, asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02, ya que «excluyen a toda empresa creada antes de la entrada en vigor de la norma foral, que haya generado menos de 10 puestos de trabajo, cuyas inversiones sean inferiores a 80.000.000 de pts. y cuyo capital desembolsado no supere los 20.000.000 de pts.».

El carácter objetivo de algunos de los umbrales, por otra parte, no impide que las ayudas tengan carácter selectivo, otorgando a los beneficiarios una ventaja consistente en una reducción de las cargas que normalmente gravan su presupuesto (*ayudas de funcionamiento*), que afecta a la competencia y falsea los intercambios comerciales con los Estados miembros, de modo que la regulación de la ventaja fiscal fue mal articulada, *al beneficiar a determinadas empresas de forma coyuntural*, al mismo tiempo que dichos regímenes no estaban justificados en la naturaleza y la estructura del sistema fiscal español, que se refiere a la lógica del propio sistema y a las diferencias técnicas necesarias y proporcionales con las que se pretende dar respuesta a las situaciones objetivamente diferentes a las que se aplica el sistema (apartados 23 a 27 de la *Comunicación de la Comisión C 384*, relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas), y no a la estructura del sistema fiscal español ⁷¹.

V. CONCLUSIONES

1. Los territorios forales vascos son competentes para determinar el régimen tributario vigente en su territorio.
2. Por otra parte, las diputaciones forales vascas tienen reconocida la autonomía institucional, de procedimiento y la autonomía económico-financiera necesarias para calificar las medidas fiscales que adopten, en principio, como *medidas generales*, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en la sentencia del asunto *UGT-La Rioja y otros*.
3. Las Sentencias recientes del TJUE, de 9 de junio y 28 de julio de 2011, respecto de la exención del pago del Impuesto sobre Sociedades por un periodo de 10 años en los territorios forales de determinadas empresas, el otorgamiento de un crédito fiscal del 45 por 100 y la reducción gradual de tipos impositivos para determinadas empresas en el citado impuesto, aunque han sido calificadas de medidas selectivas, no varían la jurisprudencia enunciada en la anterior sentencia del caso *UGT-La Rioja y otros*, antes citada.
4. La consideración de las citadas medidas, como *selectivas*, en las citadas Sentencias de 9 de junio y 28 de julio de 2011, por parte del TJUE, deriva de que los beneficios fiscales de los territorios forales son de aplicación a determinadas empresas, por lo que se beneficia a estas en relación con otras que se encuentran en una situación objetivamente comparable, afectando a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sin estar justificada en la *naturaleza del sistema fiscal español*.
5. Las diputaciones forales vascas podrán crear beneficios fiscales en sus territorios, siempre que sean de aplicación general a las empresas radicadas en dichos territorios.

⁷¹ PASCUAL GONZÁLEZ, M.M.: «La fundamentación de las exenciones tributarias en el Derecho comunitario: el principio de ponderación», *Quincena Fiscal*, núm 13, julio 2009.

EFFECTOS DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DE INFORMACIÓN FINANCIERA EN LOS REGISTROS CONTABLES DEL ARRENDATARIO

CARLOS SERGIO GARCÍA SUÁREZ

*Profesor Titular de Escuela Universitaria.
Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de La Laguna*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYA-LA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

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

Extracto:

EL arrendamiento es una importante fuente de financiación para las empresas. Por tanto, resulta crucial que los registros contables de los arrendamientos proporcionen a los destinatarios de los estados financieros información fiable y comparable, pero además, imprescindible, necesaria y comprensible de las operaciones de arrendamiento de una empresa. Se cuestiona el modelo contable propuesto por las normas NIC 17 y FASB 13. La existencia de dos modelos contables para los arrendamientos (financiero y operativo) significa que transacciones similares tienen registros contables diferentes y, en consecuencia, las cuentas anuales no son comparables. FASB decide acometer junto con IASB un proyecto de norma internacional de contabilidad para mejorar los registros contables de los arrendamientos, tanto para el arrendador como para el arrendatario.

Palabras clave: derecho de uso, obligación de pago del arrendamiento, valoración inicial y posterior, y aplicación del modelo a los registros contables del arrendatario.

INTERNATIONAL FINANCIAL REPORTING STANDARD'S NEW APPROACH FOR LESSEE'S ACCOUNTING

CARLOS SERGIO GARCÍA SUÁREZ

*Profesor Titular de Escuela Universitaria.
Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de La Laguna*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2011** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYA-
LA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique
ORTEGA CARBALLO.

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

Abstract:

LEASING is an important source of finance to Business. This paper establishes principles that lessees shall apply to report relevant and representationally faithful information to users of financial statements about the amounts, timing and uncertainty of the cash flows arising from leases. Under IAS 17 and FASB 13 leases lessees are required to classify leases as finance leases or operating leases. The existing accounting model for leases has been criticized for failing to meet the needs of users of financial statements. The existence of two very different accounting models for leases (the finance lease model and the operating lease model) means that similar transactions can be accounted for very differently. This reduces comparability for users. FASB undertake a Project to reconsider the leasing standards, preferably as a Joint Project with the IASB. When the boards added lease accounting to their agendas, they agreed that the project would consider both lessee accounting and lessor accounting.

Keywords: the right of use assets, the liability to make lease payments, initial and subsequent measurement, and applying the model to a lessee's accounting.

Sumario

1. Modelo contable actual de los arrendamientos.
2. Campo de aplicación de los arrendamientos.
3. Contabilidad del arrendatario.
4. Valoración inicial del arrendatario.
5. Valoración posterior del arrendatario.
6. Prórroga de vencimiento y opción de compra.
7. Cuotas contingentes y valor residual garantizado.
8. Conclusiones finales: implementación práctica.

Bibliografía.

1. MODELO CONTABLE ACTUAL DE LOS ARRENDAMIENTOS

1.1. Descripción del modelo actual de contabilidad del arrendatario

El arrendamiento es una importante fuente de financiación para las empresas. Por tanto, resulta crucial que los registros contables de los arrendamientos proporcione a los destinatarios de los estados financieros la información necesaria, imprescindible, fiable y comprensible de las operaciones de arrendamiento de una empresa. Nos proponemos revisar la contabilidad de los arrendamientos en respuesta a las críticas al actual modelo contable.

Las normas en vigor de los arrendamientos, NIC 17, «Arrendamientos» [IAS 17, *Leases*] y FASB 13, «Contabilidad de los arrendamientos» [SFAS 13, *Accounting for Leases*], exigen a los arrendatarios clasificar para diferenciar entre contratos de arrendamiento financieros y operativos.

Los arrendamientos financieros se definen como aquellos arrendamientos que transfieren sustancialmente al arrendatario todos los riesgos y beneficios derivados de la propiedad del activo arrendado. Todos los demás se califican como arrendamientos operativos.

Los arrendamientos financieros se asimilan a una compraventa del bien de equipo arrendado. Por consiguiente, el arrendatario reconoce en su estado de posición financiera el activo arrendado y la obligación de pago del contrato de arrendamiento.

El arrendatario no reconoce el activo subyacente arrendado ni obligaciones de pago similares en los contratos de arrendamiento operativos. El arrendatario identifica las cuotas de *leasing* del contrato de arrendamiento operativo como un gasto lineal y periódico de alquiler durante el plazo contractual estipulado en las condiciones financieras.

1.2. Críticas a las normas NIC 17 y FASB 13

El modelo actual de contabilidad de los arrendamientos se critica por fallar en las exigencias de información que demandan los destinatarios de los estados financieros. En particular:

- a) Los arrendamientos financieros y operativos dan lugar a activos y pasivos contables que deben ser reconocidos en los estados financieros.
- b) La existencia de dos modelos diametralmente opuestos en los arrendamientos (financiero y operativo) significa que operaciones similares pueden contabilizarse de forma heterogénea. Esta situación es un obstáculo que dificulta y no simplifica la comparación de los estados financieros.

- c) Los contratos de arrendamiento contienen cláusulas financieras específicas y significativas que los diferencian de otros contratos. Esta situación ha promovido la búsqueda de un modelo contable propio y exclusivo.
- d) Se critica el modelo actual por ser problemático: resulta complicado definir la línea fronteira entre arrendamientos financieros y operativos. En consecuencia, las normas de contabilidad se basan en unos juicios subjetivos y en un conjunto de hipótesis para contrastar, que en el instante de su aplicación pueden engendrar incertidumbre.
- e) Cuando se exige a los arrendatarios reconocer los activos y pasivos derivados de los contratos de arrendamiento se pueden tergiversar los términos del contrato y con un giro estructural hacer que se califiquen como contratos de prestación de servicios en lugar de contratos de cesión del derecho de uso de un activo subyacente arrendado.
- f) Puede ser necesario disponer de instrucciones adicionales sobre cómo distinguir entre contratos de prestaciones de servicios y de cesión de un derecho de uso sobre un activo subyacente arrendado. Cuando se identifica un arrendamiento operativo, el arrendatario reconoce la ganancia o pérdida habitualmente de forma lineal, tanto en las prestaciones de servicios como en los arrendamientos.

La Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (*US Securities and Exchange Commission, SEC*) reconoció las deficiencias de las normas internacionales de contabilidad en vigor de los arrendamientos en su informe de junio de 2005, «Recomendaciones a los preceptos de la Sección 401 (c) de la Ley Sarbanes-Oxley de 2002, para contratos con cláusulas no recogidas en los balances, empresas con actividades especiales, y transparencia en la información emitida y recomendación a la FASB para considerar un proyecto de normas de arrendamiento conjunto con IASB» [*Recommendations Pursuant to Section 401 (c) of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 Arrangements with Off-Balance Sheet Implications, Special Purpose Entities, and Transparency of Filings by Issuers and recommended that the FASB undertake a project to reconsider the leasing standards, preferably as a joint project with the IASB*].

Fruto de esta alianza es el Documento de Trabajo «Arrendamientos, Conclusiones Preliminares» [IASB & FASB, DP/2009/1, *Discussion Paper Leases, Preliminary Views*, Copyright 2009, IASCF, 121 páginas, ISBN: 978-1-907.026-02-7; publicado en la web institucional www.iasb.org, en marzo 2009] que constituye el primer paso para alcanzar ese objetivo.

2. CAMPO DE APLICACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS

2.1. Campo de aplicación: analogías entre NIC 17 y FASB 13

Tanto NIC 17 como FASB 13 definen un contrato de arrendamiento como un acuerdo mercantil bilateral entre un arrendador que transfiere al arrendatario un derecho de uso de un activo material por un plazo preestablecido. Simultáneamente excluyen del marco de aplicación:

- a) Contratos de arrendamiento para prospección y explotación de los recursos naturales, como minerales, petróleo y gas natural.
- b) Concesión de licencias para artículos tales como películas cinematográficas, obras de teatro, libros, música, patentes y otros derechos de autor.
- c) Activos biológicos que se rigen por el modelo contable propuesto en NIC 41, «Agricultura» [IAS 41, *Agriculture*] y Declaración AICPA de los Estados Financieros 85-3 «Contabilidad para explotaciones y cooperativas agrícolas» [AICPA *Statement of Position* 85-3 *Accounting by Agricultural Producers and Agricultural Cooperatives*].

2.2. Campo de aplicación: diferencias entre NIC 17 y FASB 13

FASB 13 afecta únicamente a contratos que transfieren un derecho de uso sobre propiedades inmobiliarias y otros bienes raíces, instalaciones técnicas, maquinaria y equipamiento (activos materiales que se deprecian por agotamiento de la vida económica). NIC 17 define un contrato de arrendamiento como la cesión de un derecho de uso sobre un activo. En consecuencia, el marco de aplicación de NIC 17 es más extenso que el propuesto en la norma FASB 13 pues incluye los arrendamientos de ciertos activos intangibles.

Los arrendamientos operativos de cesión de un derecho de uso sobre propiedades inmobiliarias se contabilizan bajo los preceptos de NIC 40 «Inversiones inmobiliarias» [IAS 40, *Investment Property*] que sustituye a NIC 17. Sin embargo, la norma FASB 13 se aplica sin distinción alguna a todos los arrendamientos de propiedades inmobiliarias.

2.3. Campo de aplicación: EITF 01-08, IFRIC 4, SIC 27

Para identificar un contrato de arrendamiento las normas EITF 01-8, «Definir y concretar como identificar un contrato de arrendamiento» [EITF Issue 01-8 *Determining Whether an Arrangement Contains a Lease*], y CINIIF 4, «Definir y concretar cómo identificar un contrato de arrendamiento» [IFRIC 4, *Determining Whether an Arrangement Contains a Lease*], imponen un examen minucioso del fondo o sustancia de la transacción mercantil; adjuntan un manual práctico para clasificar un contrato de arrendamiento y cuándo verifica los criterios contables de NIC 17 y FASB 13; exigen la obligación coercitiva de una evaluación sobre:

- a) La ejecución del contrato, si comporta o no la utilización de un bien de equipo material (incluyendo aquellos especificados implícitamente).
- b) La cesión de un derecho de uso, si puntualiza o no la transmisión de un derecho a utilizar un activo material durante un plazo estipulado.

IFRIC 4 define la cesión de un derecho de uso como un contrato que transfiere al arrendatario el control directo del activo subyacente con la finalidad de obtener un flujo de beneficios económi-

cos. El control directo para lucrarse con el activo subyacente se transmite si se verifica cualquier condición unívoca de las que se indican:

- a) El arrendatario tiene potestad o derecho a explotar los activos o transferir a terceras personas dicho uso bajo condiciones detalladas para obtener y controlar una fracción más que significativa de productos terminados u otras rentas derivadas del activo subyacente.
- b) El arrendatario tiene potestad o derecho para controlar el acceso físico al activo subyacente en el plazo en que obtiene o controla una fracción más que significativa de los productos terminados u otras rentas derivadas del activo subyacente.
- c) Las circunstancias evidencian que es improbable que terceras personas puedan obtener una fracción más significativa de los productos terminados u otras rentas, prebendas o utilidades derivadas del activo subyacente durante el plazo contractual, y en las cláusulas financieras pactadas no se fija el precio de venta por unidad producida, ni se estipula un precio que coincida con el valor de mercado cuando finaliza su ciclo de producción y se almacena disponible para su venta.

SIC 27, «Evaluación del contenido sustancial inherente al marco jurídico de una operación de arrendamiento» [SIC 27, *Evaluating the Substance of Transactions Involving the Legal Form of a Lease*], y EITF 01-8 proponen un manual de aplicación práctica para identificar, concretar, acotar y excluir las operaciones de arrendamiento.

SIC 27 también proporciona indicadores que individualmente demuestran que un acuerdo no puede, en esencia, identificarse como un contrato de arrendamiento en los siguientes casos:

- a) La empresa mantiene todos los riesgos y beneficios del activo subyacente con título de propiedad y de forma sustancial el derecho de uso, como antes de suscribir el contrato.
- b) El objetivo principal y razonable del contrato es un cierto resultado fiscal y no la cesión de un derecho de uso del activo subyacente.
- c) Se incluye una cláusula financiera de venta con probabilidad casi cierta de que se ejercitará (como una opción profundamente arraigada por las expectativas de efectivo líquido).

2.4. Hipótesis propuesta para el campo de aplicación

Consideramos que el campo de aplicación de la nueva norma internacional de contabilidad de los arrendamientos se debe identificar con el propuesto en NIC 17 y FASB 13 [IASB & FASB, 2009, pág. 19, pfo. 2.9]. Pero además debe unificar los criterios contables recogidos en EITF 01-8, CINIIF 4 y SIC 27 [IASB & FASB, 2009, pág. 20, pfo. 2.14].

Los registros contables de los contratos de arrendamiento son más polémicos y discutibles por la incertidumbre, que genera confusión, cuando el activo subyacente arrendado es un bien intangible porque se asemejan a contratos de prestaciones de servicios [FASB, 2009, Sept. 16].

Se excluye del campo de aplicación de la nueva norma de contabilidad de los arrendamientos:

1. Arrendamientos de activos intangibles.
2. Arrendamientos para la prospección o el uso de los recursos naturales.
3. Arrendamientos de activos biológicos.
4. Se excluye del campo de aplicación de la nueva norma de contabilidad de los arrendamientos a los contratos sustancialmente equiparables a una compraventa [FASB, 2009, Oct. 28]. Esta exigencia se verifica cuando se incluye en las cláusulas financieras que en la fecha de expiración se produce una transferencia:
 - a) Del control del activo subyacente arrendado.
 - b) De todos los riesgos y beneficios asociados al activo subyacente excepto un porcentaje insignificante [FASB, 2010, Febr. 17].

Los criterios propuestos en la nueva norma de contabilidad de los arrendamientos deben proporcionar indicadores que permitan a una empresa examinar y concretar si se ha transferido o no el control del activo subyacente arrendado. El órgano de administración que revela información económica de la empresa debe evaluar todos los hechos y circunstancias que a su juicio puedan esclarecer cuándo se transfiere el control del activo subyacente arrendado [FASB, 2010, Jan. 5]. Se transfiere el control del activo subyacente arrendado en los contratos de arrendamiento que:

1. Transmiten el título de propiedad de forma tácita o directa cuando no se cuantifica la opción de compra.
2. Contratos de arrendamiento que incluyen una opción de compra por un valor residual (por importe inferior al valor razonable y se tiene la certeza de que será ejercida de forma incondicional y resolutoria [FASB, 2009, Oct. 28].
3. Estipulan de forma innegociable los ingresos del arrendador.
4. El plazo de arrendamiento con certeza razonable comprende la mayor parte de la previsión de vida económica y los riesgos o beneficios asociados al activo subyacente que recupera el arrendador al expirar el contrato son insignificantes.
5. No se transfiere el control en los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles a largo plazo [FASB, 2010, Febr. 17].

2.5. Identificación de los contratos de arrendamiento

Consideraciones en la nueva norma internacional de contabilidad de los arrendamientos:

1. La definición de arrendamiento no debe limitarse a las propiedades inmobiliarias, instalaciones técnicas y equipamiento. No obstante, los criterios que se proponen en la nueva norma de contabilidad de los arrendamientos se aplican a estos activos principalmente y no al resto.
2. Un contrato de arrendamiento se formaliza en un contrato mercantil.
3. Un contrato de arrendamiento transfiere la cesión de un derecho de uso sobre el activo subyacente arrendado.
4. La cesión de un derecho de uso sobre el activo subyacente se transfiere cuando:
 - a) El contrato implica la cesión de un derecho de uso sobre un activo específico que se concreta de forma inequívoca y resolutoria.
 - b) El contrato de arrendamiento transfiere el derecho a controlar directamente el uso del activo subyacente arrendado.
5. Un contrato de arrendamiento tiene un plazo de vigencia temporal.
6. Un contrato de arrendamiento significa explícitamente que el derecho de uso de un activo se transmite a cambio de una contraprestación económica.

Por tanto, proponemos la siguiente definición: un arrendamiento es un contrato mercantil de cesión de un derecho de uso sobre un activo específico, dentro de un plazo estipulado, a cambio de una contraprestación económica [IASB, 2010, Febr. 2].

3. CONTABILIDAD DEL ARRENDATARIO

3.1. Derechos y obligaciones de un contrato simple de arrendamiento

Decidimos analizar los derechos y obligaciones derivados de un contrato simple de arrendamiento para concretar si generan activos y pasivos contables que deben ser reconocidos en los estados financieros [IASB & FASB, 2009, pág. 24, pfo. 3.7].

Se define el arrendamiento simple (*simple lease*) como el contrato de cesión de un derecho de uso de un bien arrendado siempre que este se ajuste a la definición de un activo contable, y la obligación de pago del arrendatario verifique la definición de un pasivo contable.

Un contrato simple de arrendamiento se caracteriza por las siguientes cláusulas explícitas en las condiciones financieras:

- El contrato de arrendamiento es no revocable. Ninguna de las partes lo puede rescindir o cancelar antes de expirar el plazo contractual; ni se pueden revisar o volver a negociar las condiciones financieras. No se pacta prórroga de vencimiento.

- El arrendatario no tiene el derecho de adquirir la propiedad del activo subyacente arrendado al término del contrato. No se pacta la opción de compra.
- No se pactan cuotas contingentes ni un valor residual garantizado.
- Las cuotas de arrendamiento de la obligación de pago son cuotas fijas en periodos de maduración uniformes durante el plazo contractual de arrendamiento [IASB & FASB, 2009, pág. 33, pfo. 4.2].

Un contrato de arrendamiento puede exigir al arrendatario condiciones especiales de custodia o mantenimiento del equipo material arrendado para graduar su estado de conservación. Además, el arrendatario puede estar obligado a asumir costes de devolución (por ejemplo, costes de desmantelamiento o gastos de transporte al punto de entrega del equipo material arrendado). Estas responsabilidades contractuales pueden engendrar gastos que deben ser reconocidos en los estados financieros. Según NIC 37, «Provisiones, activos contingentes y pasivos contingentes» [IAS 37, *Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets*], y Declaración FASB 5, «Contabilidad de Contingencias» [SFAS 5, *Accounting for Contingencies*], el arrendatario puede reconocer gastos derivados de las transacciones inherentes a la devolución del activo material subyacente arrendado. Sin embargo, estas responsabilidades contractuales no cambian los derechos y obligaciones elementales que resultan de un contrato de arrendamiento, razón por la que no se consideran [IASB & FASB, 2009, pág. 24, pfo. 3.9].

Para simplificar aún más el análisis, solo se consideran los derechos y obligaciones que existen después de la entrega al arrendatario del activo subyacente arrendado. Los activos y pasivos contables pueden surgir antes de la entrega del activo arrendado (por ejemplo, cuando se formaliza el contrato) [IASB & FASB, 2009, pág. 25, pfo. 3.11].

Activos y pasivos contables del contrato simple de arrendamiento

Descripción del derecho	Control directo	Acuerdos pasados	Beneficios económicos futuros	Activo contable
Derecho a usar el activo arrendado durante el plazo de arrendamiento	Derecho jurídico exigible, establecido en el contrato de arrendamiento	Arras derivadas de la formalización del contrato de arrendamiento	Sí	Sí

Descripción de la obligación	Obligación presente	Acuerdos pasados	Salida de flujos de beneficios económicos	Pasivo contable
Obligación de pago de cuotas de arrendamiento	Derecho jurídico exigible, establecido en el contrato de arrendamiento	Arras derivadas de la formalización del contrato de arrendamiento	Sí, liquidaciones en efectivo	Sí
.../...				

Descripción de la obligación	Obligación presente	Acuerdos pasados	Salida de flujos de beneficios económicos	Pasivo contable
.../...				
Obligación de devolver el activo arrendado al final del plazo de arrendamiento	Derecho jurídico exigible, establecido en el contrato de arrendamiento	Arras derivadas de la formalización del contrato de arrendamiento	No, porque el arrendatario no tiene derecho alguno sobre beneficios económicos incorporados al activo arrendado y no debe liquidar cantidad alguna una vez finaliza el contrato de arrendamiento	No

3.2. Criterios de reconocimiento y registro de activos y pasivos contables

Aunque la redacción de los criterios de registro y reconocimiento de activos y pasivos contables, en la actualidad propuestos por IASB y FASB, son diferentes, el marco conceptual subyacente es el mismo. IASB y FASB tienen en vías de desarrollo un proyecto de trabajo que regula el «Marco Conceptual para la Información Financiera» [IASB & FASB, *Exposure Draft* n.º 1570-100, *Conceptual Framework for Financial Reporting*] y los preceptos de la declaración FASB 6, «Elementos de los estados financieros» [FASB's *Concepts Statement* n.º 6, *Elements of Financial Statements*], tienen los siguientes puntos de coincidencia en común para reconocer los activos contables:

- El arrendatario controla la rentabilidad económica o beneficios derivados del activo material subyacente arrendado.
- Surge de un acontecimiento económico pasado: arras de la formalización del contrato.
- El arrendatario tiene la expectativa de percibir beneficios económicos futuros.

De forma análoga, los criterios de reconocimiento de los pasivos contables contienen los mismos puntos de coincidencia:

- El arrendatario suscribe y se subroga en una obligación de pago vinculada y recíproca por la cesión del derecho de uso.
- La obligación surge de un hecho económico pasado: arras de la formalización del contrato.
- El arrendatario tiene la expectativa de que la obligación de pago en contrapartida genera un flujo de beneficios económicos futuros.

Los puntos de coincidencia común los utilizamos para analizar si los derechos y las obligaciones que se han identificado en un contrato simple de arrendamiento verifican los criterios de registro o reconocimiento de activos y pasivos contables.

3.3. La cesión de un derecho de uso de un bien arrendado es un activo contable

El derecho de uso del arrendatario sobre el activo subyacente arrendado verifica la definición de activo contable según el «Marco Conceptual para la Información Financiera» [IASB & FASB, *Exposure Draft* n.º 1570-100]. Esta conclusión deriva de las siguientes proposiciones.

Identificamos el derecho de uso de un activo arrendado como un recurso económico del arrendatario porque puede utilizarlo para obtener flujos de ingresos o reducir flujos de gastos. El arrendatario controla la cesión de un derecho de uso sobre un activo subyacente arrendado durante el plazo de arrendamiento porque el arrendador es imposible que pueda recuperarlo, ni tiene libre acceso al activo subyacente arrendado, precisa del consentimiento del arrendatario (en caso contrario, incumple el contrato).

El control directo del arrendatario sobre la cesión de un derecho de uso es el resultado de un acuerdo económico: arras de la formalización y otorgamiento del contrato de arrendamiento y la cesión por el arrendador del activo subyacente al arrendatario. El derecho de uso del arrendatario sobre el activo subyacente está condicionado por la obligación de pago al arrendador durante el plazo pactado. Es decir, si el arrendatario no está al corriente en las liquidaciones de las cuotas de arrendamiento, puede perder el derecho de uso del activo subyacente arrendado. Esta situación es similar a la que se produciría si una empresa interrumpe las liquidaciones en una compraventa con pagos aplazados, especialmente con pacto de reserva de dominio [IASB & FASB, 2009, pág. 26, pfo. 3.16].

3.4. La obligación de pago del contrato de arrendamiento es un pasivo contable

La obligación de pago del arrendatario cumple los preceptos de las definiciones contenidas en el «Marco Conceptual para la Información Financiera» [IASB & FASB, 2008, *Exposure Draft* n.º 1570-100] y preceptos de la declaración FASB 6, «Elementos de los estados financieros» [FASB's *Concepts Statement* n.º 6]. Esta conclusión se obtiene con los siguientes razonamientos.

Si el arrendador entrega al arrendatario cada día el activo subyacente arrendado y permite que este lo use, es condición suficiente para que el arrendatario tenga la obligación de pagar las cuotas de arrendamiento.

A excepción de un incumplimiento del contrato por el arrendatario, el arrendador no tiene reconocido un derecho contractual para tomar posesión del activo subyacente arrendado hasta el punto final del plazo de arrendamiento. Simétricamente, el arrendatario no tiene reconocido un derecho contractual para rescindir y cancelar de forma anticipada el contrato de arrendamiento e interrumpir las liquidaciones periódicas de las cuotas de arrendamiento. Por lo tanto, el arrendatario tiene la obligación incondicional de pagar las cuotas de arrendamiento que deriva de un acuerdo económico pasado: arras de la formalización del contrato de arrendamiento y cesión del activo subyacente por el arrendador.

El arrendatario espera que en contrapartida de la obligación de pago se genere un flujo de ingresos que proceden del activo subyacente, que constituye un beneficio económico.

3.5. La responsabilidad contractual de devolver el activo subyacente arrendado al final del plazo de arrendamiento no es un pasivo contable

El arrendatario tiene la posesión física del activo subyacente arrendado hasta finalizar el plazo de arrendamiento. Es un compromiso presente por un acuerdo económico pasado: arras de la formalización del contrato de arrendamiento y la cesión del activo subyacente arrendado. Si la obligación de devolver el activo subyacente arrendado significa que, a su vencimiento y para liquidarla, deben entregarse recursos que incorporen beneficios o rendimientos futuros, entonces afirmamos que dicha responsabilidad contractual es un pasivo contable.

El arrendatario no sacrifica beneficios económicos cuando restituye el activo arrendado, excepto los costes de devolución y desmantelamiento. Aunque el arrendatario detenta la posesión física del activo subyacente, no tiene derecho a utilizarlo una vez expire el plazo contractual. La posición del arrendatario al finalizar el plazo de arrendamiento es de custodia, tiene en depósito un activo que es propiedad de un tercero, pero no tiene derecho alguno sobre los beneficios económicos incorporados en ese activo.

Concluimos que la obligación del arrendatario de devolver el activo subyacente arrendado no se puede equiparar a una pérdida de beneficios económicos y no verifica la definición de pasivo contable.

3.6. Conclusiones preliminares

Una nueva norma internacional de contabilidad de los arrendamientos responde y soluciona muchas cuestiones críticas observadas en las actuales normas en vigor. En particular:

- a) Activos y pasivos inherentes a contratos de arrendamiento que actualmente se clasifican como arrendamientos operativos serán reconocidos en el estado de posición financiera. En consecuencia, las empresas no tendrán que ajustar los importes reconocidos en los estados financieros para intentar restablecer esos activos y pasivos contables hasta ahora excluidos.
- b) El campo de aplicación engloba a todos los contratos de arrendamiento. En consecuencia, operaciones similares no tendrán registros contables diferentes. Esto simplifica la comparación de los estados financieros.
- c) Es un estímulo para intensificar las transacciones comerciales porque se reducen los riesgos de crédito por posibles insolvencias cuando se constata la existencia de una fuente de financiación hasta ahora no reconocida. Esto simplifica la comparación y facilita el análisis de estados financieros de distintas empresas.
- d) La nueva norma internacional de contabilidad debe ser consistente con el marco de aplicación de las últimas normas contables publicadas. En concreto el proyecto del «Marco Conceptual para la Información Financiera» [IASB & FASB, *Exposure Draft* n.º 1570-100] y preceptos de la Declaración FASB 6, «Elementos de los estados financieros» [FASB's *Concepts Statement* n.º 6].

Concluimos que el actual modelo contable de los arrendamientos según NIC 17 y FASB 13 es incompatible con las definiciones de activos y pasivos contables del «Marco Conceptual para la Información Financiera» [IASB & FASB, *Exposure Draft* n.º 1570-100] y preceptos de la declaración FASB 6 [FASB's *Concepts Statement* n.º 6].

En lugar de asimilar algunos contratos de arrendamiento a una compraventa del activo subyacente arrendado (contratos de arrendamiento financiero, *finance leases*) y otros a contratos de prestaciones de servicios (contratos de arrendamiento operativos, *operating leases*), la nueva norma internacional de contabilidad debe contemplar todos los arrendamientos como contratos de cesión de un derecho de uso del equipo material arrendado durante el plazo suscrito. Con este criterio el arrendatario reconoce:

- a) Un activo contable que representa la cesión del derecho de uso (*the right-of-use asset*) de un activo subyacente arrendado durante el plazo contractual de arrendamiento.
- b) Un pasivo contable por la responsabilidad contractual de liquidar la obligación de pago del contrato de arrendamiento (*the obligation to pay rentals arising in a lease contract*) [IASB & FASB, 2009, pág. 29, pfo. 3.26] [FASB, 2009, Oct. 28].

3.7. Contabilidad de los contratos complejos de arrendamiento

Los contratos complejos de arrendamiento (*complex leases*) pueden incorporar un rango muy diverso de derechos y obligaciones para el arrendatario al incluir múltiples cláusulas de opciones financieras: prórroga de vencimiento y/o cancelación anticipada, opción de compra, cuotas contingentes, valor residual garantizado y el índice de referencia para actualizar los capitales de la obligación de pago.

En los contratos de arrendamiento se establece una cláusula que especifica un plazo de preaviso con la anticipación previsible suficiente antes de la cancelación del plazo irrevocable de salida y de las prórrogas de vencimiento de los plazos revocables subsiguientes. En el plazo de preaviso el arrendatario debe notificar y revelar al arrendador sus preferencias más recientes sobre las opciones de las condiciones financieras. Una vez cerrado el plazo de preaviso, tanto el arrendador como el arrendatario disponen de información fiable con trascendencia económica para actualizar los activos y pasivos contables derivados del contrato de arrendamiento.

Estudiamos cuándo exigir al arrendatario que reconozca y valore las cláusulas financieras de un contrato complejo de arrendamiento como «Elementos separables diferenciados de la obligación de pago» (*components approach*).

Identificamos los siguientes problemas que afectan al reconocimiento y la valoración de «Elementos separables diferenciados de la obligación de pago del arrendatario»:

- a) Pueden aflorar complicaciones cuando a la hora de implementar una norma internacional de contabilidad se exija identificar, reconocer y valorar elementos separables diferenciados en un contrato complejo de arrendamiento.

- b) Las cláusulas de opciones financieras de un contrato complejo de arrendamiento están con frecuencia interrelacionadas. Un contrato de arrendamiento, por ejemplo, puede incluir una prórroga de vencimiento por un plazo adicional, una opción de compra discrecional y un valor residual garantizado. Ahora bien, las cuotas de arrendamiento están inicialmente calculadas de forma que solo incorporan el valor residual garantizado, cuando se estima que el arrendatario no ejercerá dicha opción de compra. Esto es, no incluye simultáneamente la opción de compra y el valor residual garantizado, pues son cláusulas alternativas, entre sí excluyentes. El reconocimiento de un pasivo contable vinculado a un valor residual garantizado no proporciona información útil cuando el arrendatario tiene la previsión de invocar las cláusulas discrecionales yuxtapuestas de opción de compra y de prórroga de vencimiento por un plazo adicional.
- c) Cuando todos los elementos separables diferenciados no sean valorados con los mismos criterios contables (por ejemplo, el valor razonable), se pueden cuestionar los capitales que se reconocen en la obligación de pago del arrendatario. Esto significa que contratos de arrendamiento con cláusulas económico-financieras equivalentes se contabilizan de forma diferente. Posición extrema que no simplifica la comparación de los estados financieros de diferentes empresas.
- d) El valor razonable de la cláusula financiera para prorrogar o rescindir un contrato de arrendamiento es difícil de cuantificar. Esto se justifica porque no existe un mercado donde se intercambien y coticen de forma independiente cláusulas de opciones financieras de prórroga y de rescisión o cancelación anticipada de un contrato de arrendamiento.
- e) La hipótesis de elementos separables diferenciados no puede proporcionar a los destinatarios información completa del estado de posición financiera del arrendatario. Esto se debe a que la cláusula financiera de prórroga del contrato no tiene valoración económica, porque no existe un mercado monetario donde se negocie. Además téngase en cuenta que son cláusulas de opciones financieras discrecionales, con el riesgo añadido de que jamás se ejerciten por múltiples razones subjetivas del arrendatario.

3.8. Conclusiones preliminares

Los problemas que se advierten en el epígrafe anterior es la razón que justifica el rechazo de la hipótesis de elementos separables diferenciados para contabilizar los contratos complejos de arrendamiento. En cambio, aceptamos que el arrendatario debe reconocer:

- a) La cesión de un derecho único de uso del activo subyacente que se adquiere con la suscripción y las arras derivadas de la formalización del contrato de arrendamiento.
- b) Una única obligación de pago del contrato de arrendamiento que comprende: cuotas de arrendamiento del plazo no revocable de salida del contrato, cuotas de arrendamiento de la prórroga de vencimiento, opción de compra, cuotas contingentes y un valor residual garantizado neto cuando estas cláusulas financieras consten expresamente en el contrato de arrendamiento [IASB & FASB, 2009, pág. 31, pfo. 3.33].

4. VALORACIÓN INICIAL DEL ARRENDATARIO

4.1. Valoración inicial de la obligación de pago

Defendemos que en un contrato de arrendamiento existe una interrelación y vínculo entre la obligación de pago del arrendatario y la cesión del derecho de uso del activo subyacente arrendado. Ambas surgen del mismo contrato de arrendamiento y no coexisten de forma independiente y autónoma. Decidimos en la valoración inicial reconocer este nexo de unión.

La responsabilidad contractual del arrendatario de liquidar la obligación de pago del contrato de arrendamiento verifica la definición de pasivo contable que se incluye en las normas internacionales de contabilidad: NIC 32, «Instrumentos Financieros: Presentación» [IAS 32, *Financial Instruments: Presentation*]; NIC 39, «Instrumentos Financieros: Reconocimiento y Valoración» [IAS 39, *Financial Instruments: Recognition and Measurement*]. Estas normas proponen que la valoración inicial de los instrumentos financieros debe ser por el valor razonable, pero se excluye de su campo de aplicación la obligación de pago del contrato de arrendamiento.

En los US GAAP los instrumentos financieros no derivados en operaciones de cobertura se valoran inicialmente al valor razonable por prescripción de FASB 133, «La Contabilidad de instrumentos derivados y operaciones de cobertura financiera» [SFAS 133, *Accounting for Derivative Instruments and Hedging Activities*], y a otros pasivos financieros se aplica el valor razonable por FASB 159, «La aplicación del valor razonable a activos y pasivos financieros» [SFAS 159, *The Fair Value Option for Financial Assets and Financial Liabilities*]. El resto de los pasivos financieros, tales como hipotecas de propiedades inmobiliarias, bienes o servicios, se valoran inicialmente por el valor razonable de los activos en propiedad, o por un capital que se aproxime juiciosamente al valor razonable de la hipoteca, que siempre es más fácil de concretar.

La valoración inicial de la obligación de pago del contrato de arrendamiento con el valor razonable supone las ventajas que citamos:

- a) El valor razonable coincide con el valor actual de mercado. Proporciona a los destinatarios de los estados financieros información más precisa que otras valoraciones alternativas.
- b) El uso del valor razonable simplifica la comparación de los estados financieros de diferentes empresas, puesto que se ignoran u omiten factores internos personales subjetivos.
- c) La valoración inicial por el valor razonable es coherente con el tratamiento de otros pasivos financieros.

En la mayoría de los contratos de arrendamiento no es posible obtener directamente el valor razonable de la obligación de pago del arrendatario. Se deben utilizar las técnicas de descuento de flujos de capitales para calcular el valor actual de la obligación de pago.

Se cuestiona la tasa de descuento que debe aplicarse para valorar la obligación de pago del contrato de arrendamiento con alguna técnica financiera de cálculo del valor actual de los flujos de capitales. Estudiamos dos posibles alternativas:

- a) Tipo de interés implícito del contrato de arrendamiento.
- b) Tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario.

NIC 17 y FASB 13 contienen definiciones análogas para la tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento y el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario.

Se define la tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento como «el tanto de descuento que al inicio del arrendamiento hace que el valor actual total de (a) los pagos mínimos por arrendamiento y (b) el valor residual garantizado sea igual a la suma de (1) el valor razonable del activo arrendado y (2) los costes iniciales directos del arrendador».

La tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento es el tanto de referencia a elegir más apropiado, porque es el tanto de interés que el arrendador repercute y que cobra en la transacción y es específico para valorar la obligación de pago. No obstante, en muchos casos, el arrendatario no sabe o no puede concretar dicha tasa de interés implícita. La razón de que resulte imposible su cálculo es que el arrendatario desconoce y no tiene acceso a la estimación del arrendador del valor residual garantizado que afecta a la tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento. El arrendatario solo puede estimar el valor de la opción de compra del activo subyacente al final del contrato de arrendamiento.

Además, el cálculo de la tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento es más difícil para los arrendamientos operativos que para los arrendamientos financieros. La razón es que el valor residual es un importe considerable por su excesiva magnitud en los arrendamientos operativos, en comparación con los arrendamientos financieros y, por tanto, tiene un impacto desproporcionado sobre la tasa de interés.

Se define el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario como «la tasa de interés que el arrendatario tendría que pagar en una operación similar de endeudamiento o, en caso de que no se pueda calcular o identificar, el tanto que, al inicio del arrendamiento se le aplicaría al arrendatario en caso de solicitar un préstamo para financiar la compraventa del activo subyacente arrendado con condiciones financieras y asunción de riesgos de crédito por posibles insolvencias equiparables a las del contrato de arrendamiento suscrito». En consecuencia, el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario tiene en cuenta:

- a) Solvencia y credibilidad del arrendatario.
- b) Duración del contrato de arrendamiento.
- c) Naturaleza y calidad de los avales aportados, esto es, el activo subyacente arrendado.

La valoración inicial de la obligación de pago del arrendatario se calcula con el valor actual de los pagos por arrendamiento prospectivos descontados con el tanto de interés incremental de endeudamiento.

damiento del arrendatario. Se razona que la tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento con frecuencia habitual tiene el mismo valor que el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario. En consecuencia, se propone que la tasa de interés implícita se puede utilizar siempre que efectivamente se estime, deduzca y ajuste su cálculo con facilidad [FASB, 2009, Nov. 18].

NIC 17 y FASB 13 exigen al arrendatario descontar las cuotas de arrendamiento preferentemente con la tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento cuando su estimación es factible. Cuando no se pueda determinar, se escoge en segundo lugar el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario.

En la inmensa mayoría de los contratos de arrendamiento calcular el valor actual de los pagos por arrendamiento prospectivos descontados con el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario es una aproximación lógica al valor razonable. Por consiguiente, exigir a los arrendatarios este criterio proporciona a los destinatarios de los estados financieros información fiable del valor razonable de la obligación de pago [IASB & FASB, 2009, pág. 35, pfs. 4.15-4.17].

4.2. Valoración inicial del derecho de uso del activo subyacente

El derecho de uso de activos materiales a favor del arrendatario no es un instrumento financiero. La mayoría de los instrumentos no financieros (activos inmovilizados) se valora inicialmente al coste de producción o precio de adquisición con prioridad sobre el valor razonable. Se constata en NIC 16, «Propiedades inmobiliarias, instalaciones y equipamiento» [IAS 16, *Property, Plant and Equipment*], y NIC 38, «Activos intangibles» [IAS 38, *Intangible Assets*]. Análogamente, US GAAP exige que la valoración inicial y la valoración posterior de los activos inmovilizados se determine al precio de coste, según FASB 142, «Fondo de comercio y otros activos intangibles» [SFAS 142, *Goodwill and Other Intangible Assets*].

La valoración inicial del arrendatario de la cesión del derecho de uso de bienes de equipo es por el precio de coste. El precio de coste es el valor actual de los pagos por arrendamiento prospectivos descontados con el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario [IASB & FASB, 2009, pág. 37, pfo. 4.23].

La valoración inicial al precio de coste de derecho de uso del activo subyacente arrendado causa los resultados deseables que se indican:

- a) Es coherente con la valoración inicial de otros instrumentos no financieros: NIC 16, NIC 38 y FASB 142. La valoración inicial por el precio de coste simplifica la comparación de los estados financieros de diferentes empresas.
- b) El precio de coste es más fácil de calcular y su aplicación más precisa y menos confusa que la exigencia de un valor un tanto ambiguo como el valor razonable.
- c) El precio de coste del derecho de uso de bienes de equipo será una deliberada aproximación a su valor razonable y permite a los destinatarios de los estados financieros que tengan acceso, al inicio del arrendamiento, a una información equiparable al valor razonable de los

activos subyacentes arrendados. Refleja las condiciones de mercado y omite factores condicionantes internos, subjetivos y específicos de cada empresa.

5. VALORACIÓN POSTERIOR DEL ARRENDATARIO

5.1. Hipótesis de vinculación en la valoración posterior

Se piensa que en la valoración posterior también coexiste una vinculación en algunos arrendamientos entre la obligación de pago del arrendatario y la cesión del derecho de uso del activo subyacente arrendado. Esta hipótesis se basa en el criterio de diferencia sustancial entre un contrato de arrendamiento operativo y un contrato de arrendamiento financiero, en correspondencia con la aplicación de las actuales normas en vigor: NIC 17 y FASB 13.

Cuando se implementa esta hipótesis de vinculación, los arrendamientos financieros se contabilizan como una compraventa. De esta forma el arrendatario reconoce: la amortización contable del activo subyacente arrendado y la carga financiera por intereses (cuota de interés) como un gasto y los capitales reintegrados de la amortización financiera (cuota de amortización) como una reducción de los capitales vivos pendientes de reembolso de la obligación de pago del arrendatario. A los arrendamientos operativos habría que aplicar una metodología diferente. El arrendatario debería:

- a) Amortizar la obligación de pago de las cuotas de arrendamiento con un sistema financiero de amortización basado en que:
 - Ninguna carga financiera por intereses (cuota de interés) debe acumularse en la obligación de pago de las cuotas de arrendamiento (suma de cuotas de amortización financiera).
 - El capital amortizado acumulado de las cuotas de amortización financiera debe ser creciente a medida que avanza y se agota el plazo de duración del contrato de arrendamiento.
- b) Amortizar la cesión del derecho de uso del bien de equipo arrendado. Esto supondría un cargo periódico de amortización contable durante el plazo contractual de arrendamiento.
- c) La tasa de interés incremental de endeudamiento del arrendatario es el índice de referencia que se utiliza en la amortización contable del activo subyacente arrendado y en el cálculo de la amortización financiera de la obligación de pago. La amortización contable del activo subyacente se compensa en el balance con la amortización por reembolso de la obligación de pago. El valor contable del bien de equipo arrendado disminuye por la amortización contable, en un importe equivalente a la amortización financiera por reembolso que rebaja la obligación de pago del arrendatario.
- d) Incluir la obligación de pago del arrendatario en la cuenta de resultados como gastos a lo largo del plazo contractual de arrendamiento.

Defendemos esta hipótesis propuesta con los siguientes argumentos:

1. El derecho de uso de los bienes de equipo arrendados y la obligación de pago del arrendatario son equiparables durante el plazo de arrendamiento (que incluye la totalidad de las cuotas de arrendamiento en ausencia de deterioro de valor de los bienes arrendados).
2. Tendría el mismo efecto en los estados financieros que las actuales normas contables sobre los arrendamientos financieros NIC 17 y FASB 13.
3. Es un contrato de arrendamiento simple de reposición múltiple (*straightforward lease*). De forma reiterada en cada periodo uniforme de alquiler, y en orden secuencial, el arrendatario primero liquida la cuota de arrendamiento y recibe a cambio el derecho de uso del activo subyacente arrendado, a continuación, consume los beneficios que le proporciona ese derecho de uso, hasta agotar el tiempo que comprende el periodo de alquiler.
4. Se evidencia la técnica que se advierte para fijar los alquileres en algunos contratos de arrendamiento. Los arrendamientos operativos se valoran para fijar una renta constante en cuantía suficiente para cubrir todos los gastos previsibles durante el plazo de arrendamiento. Esta hipótesis supone que el arrendatario reconoce en la cuenta de resultados las cuotas de arrendamiento durante el plazo contractual.
5. Para los arrendatarios, esta hipótesis es más elemental y simple de aplicar que una propuesta que no vincula el derecho de uso del activo subyacente arrendado con la obligación de pago del arrendatario.

5.2. Conclusiones preliminares

En la valoración posterior, se propone y defiende la hipótesis que vincula el derecho de uso del activo subyacente arrendado con la obligación de pago del arrendatario. La razón que se apunta es que los costes asociados al reconocimiento de la carga financiera por intereses y a la amortización del derecho de uso exceden a los beneficios [IASB & FASB, 2009, pág. 41, pfo. 5.11]. Sin embargo, rechazamos esta hipótesis por las siguientes razones:

- a) El tratamiento de la obligación de pago del arrendatario es inconsistente con las normas contables de los pasivos financieros y no simplifica la comparación de los estados financieros de diferentes empresas (NIC 32 y NIC 39). Todos los pasivos financieros que no sean derivados (excepto los que se contabilizan por su valor razonable) ocasionan un gasto por intereses. La obligación de pago del arrendatario contiene obviamente una carga financiera de intereses. Si el arrendatario optó por liquidar por anticipado la cuota de arrendamiento, el importe del capital inicial debe ser igual al valor actual de los pagos por arrendamiento prospectivos descontados con el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario (interés de mercado). No reconocer la carga financiera de intereses supone no identificar los términos económicos de la transacción. Esta técnica no reconoce la carga financiera de intereses.
- b) Se precisa que el arrendatario ante todo clasifique el contrato de arrendamiento como financiero u operativo. Esto es un obstáculo que no conviene a la nueva norma internacional de

contabilidad y puede significar que contratos equivalentes de arrendamiento estén contabilizados de forma incomparable y desigual.

- c) Aunque el derecho de uso del activo subyacente arrendado y la obligación de pago del arrendatario están ciertamente vinculados desde las arras de formalización del contrato de arrendamiento, a medida que se agota el plazo contractual esta vinculación puede degenerar y llegar a no ser concluyente ni absoluta. Por ejemplo, se podría perjudicar, dañar o debilitar el derecho de uso del activo subyacente arrendado, aun así el arrendatario estará obligado a desembolsar los pagos por arrendamiento prospectivos. En el caso contrario, los aumentos en el valor del derecho de uso de los bienes de equipo arrendados no causa una modificación en las cuotas periódicas de arrendamiento [IASB & FASB, 2009, págs. 41-42, pfo. 5.12].

En el resto de este artículo examinamos la valoración posterior cuando no están vinculados el derecho de uso del activo subyacente con la obligación de pago del arrendatario.

5.3. Valoración posterior de la obligación de pago

Se consideran dos hipótesis para la valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario: a) Valor razonable; b) Coste amortizado.

5.3.1. Criterio del valor razonable

La valoración posterior por el valor razonable refleja las condiciones financieras puntuales de mercado. Sin duda, se puede argumentar que el valor razonable proporciona a los destinatarios de los estados financieros información más relevante que el coste amortizado.

Sin embargo, se destacan los siguientes inconvenientes cuando se exige la aplicación del valor razonable a la obligación de pago del arrendatario:

- a) Las deudas inherentes a un contrato de arrendamiento son valoradas con un criterio diferente a otros pasivos financieros. De conformidad con las NIIF, NIC 32 y NIC 39, y los US GAAP, FASB 133 y FASB 159, *la valoración posterior de la mayoría de los pasivos financieros se calcula al coste amortizado*.
- b) Proponer la valoración posterior al valor razonable es incompatible con el reconocimiento en la valoración inicial del derecho de uso por el precio de coste.
- c) La necesidad de múltiples y sucesivas valoraciones posteriores de la obligación de pago del arrendatario tendrían un coste desproporcionado con la aplicación del valor razonable y su cálculo sería más enrevesado. La aplicación del valor razonable tiene la dificultad de requerir la estimación de los flujos de capitales (pagos por arrendamiento prospectivos de la obligación de pago del arrendatario) actualizados con los tantos de interés de mercado.

5.3.2. Criterio del coste amortizado

La aplicación de este criterio exige devengar los intereses de los capitales vivos (pagos por arrendamiento prospectivos), pendientes de amortizar de la obligación de pago del contrato de arrendamiento. La aplicación del coste amortizado presenta las ventajas que se indican:

- a) Es coherente con las valoraciones de otros pasivos financieros no derivados según NIC 32 y NIC 39.
- b) Es compatible con la decisión de no exigir la aplicación del valor razonable a efectos de estimar la valoración inicial del derecho de uso.
- c) Su cálculo es más elemental y se implementa con menos dificultad.

5.4. Revisión del tanto de interés incremental de endeudamiento

Nos cuestionamos si se actualiza la valoración de la obligación de pago para que incorpore las fluctuaciones del tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario. Argumentamos que las variaciones del tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario acreditan las modificaciones que se observan en las condiciones financieras de mercado y proporciona la información más relevante a los destinatarios de los estados financieros. Esta regla es coherente con la propuesta de NIC 37. No obstante, presenta los inconvenientes que se detallan:

- a) Es incompatible con el procedimiento de valoración posterior de la mayoría de los pasivos financieros no derivados, según NIC 32 y NIC 39. Con la aplicación del criterio del coste amortizado, el capital vivo, pendiente de amortización por reembolso, de los pasivos financieros no se revisa en respuesta a variaciones del tanto de interés de mercado.
- b) La aplicación del tanto de interés de mercado en la valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario es problemática porque la obligación de pago está asegurada. Esto es, el contrato de arrendamiento tiene la garantía y el aval del activo subyacente arrendado. La graduación del riesgo de crédito, por el aval garantizado, será diferente entre los contratos y para distintos plazos de arrendamiento, dependiendo del valor razonable del activo subyacente arrendado.
- c) Se puede argumentar que es inconsistente con la aplicación del coste amortizado a la valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario.
- d) Si se impusiera la actualización de la obligación de pago para reflejar las variaciones en el tanto incremental de endeudamiento del arrendatario, esta revisión se debería exigir cada vez que se depositen las cuentas anuales o únicamente en respuesta a cambios en las estimaciones de los pagos por arrendamiento prospectivos, cuotas contingentes, valor residual garantizado, opción de compra y prórroga de vencimiento.

IASB defiende que la valoración de la obligación de pago del contrato de arrendamiento se debe actualizar periódicamente para incorporar las variaciones del tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario [IASB & FASB, 2009, pág. 44, pfo. 5.25].

FASB propone que no se tendrán en cuenta las variaciones del tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario para recalcular la obligación de pago del contrato de arrendamiento [IASB & FASB, 2009, pág. 44, pfo. 5.24].

Proponemos que la valoración posterior de la obligación de pago de un contrato de arrendamiento no se corrige por variaciones del tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario [FASB, 2010, Febr. 17].

5.5. Variaciones en los pagos por arrendamiento prospectivos

En algunos contratos, las cuotas de arrendamiento pactadas no son fijas (constantes o variables en progresión aritmética o geométrica) sino variables en función de la evolución histórica de un índice económico de referencia. En este epígrafe examinamos cómo se incorporan cambios en los pagos por arrendamiento prospectivos causados por la entrada o salida de cuotas de arrendamiento de una prórroga de vencimiento o cancelación anticipada.

Se consideran tres posibles alternativas para actualizar la obligación de pago frente a nuevas estimaciones por cambios en las preferencias del arrendatario sobre las cláusulas financieras de prórroga de vencimiento o cancelación anticipada:

- a) *Método prospectivo (Prospective Approach)*. No altera el coste histórico de la obligación de pago en el punto de equivalencia (instante en que el arrendatario cambia las previsiones sobre las opciones del contrato de arrendamiento). Exige el cálculo de dos tantos efectivos de interés sobre (1) los pagos por arrendamiento prospectivos de la obligación de pago inicial, de salida del contrato de arrendamiento, y (2) las estimaciones de los pagos por arrendamiento futuros cuando se corrige la obligación de pago inicial, cuando se suman las cuotas de arrendamiento suplementarias que proceden de la prórroga de vencimiento.
- b) *Método de actualización (Catch-up Approach)*. Se rectifica el coste histórico de la obligación de pago inicial en el punto de equivalencia. El importe corregido de la obligación de pago es el valor actual de las estimaciones de los pagos por arrendamiento futuros, descontados al tanto de interés efectivo de salida.
- c) *Método retrospectivo (Retrospective Approach)*. Se corrige el coste histórico de la obligación de pago inicial en el punto de equivalencia. Requiere el cálculo al principio del contrato de arrendamiento de un nuevo tanto de interés efectivo sobre la obligación de pago corregida, es decir, sobre la totalidad de las estimaciones de los pagos por arrendamiento futuros, incluidos los que proceden de la prórroga de vencimiento. Con este nuevo tanto de interés efectivo se calcula en el punto de equivalencia el valor actual descontado de las estimaciones de los pagos por arrendamiento futuros.

El ejemplo siguiente expone estas técnicas de cálculo.

EJEMPLO 1:**Variación del importe de la obligación de pago**

Se pacta un arrendamiento por un plazo no revocable de 5 años, con una opción de prórroga por 2 años adicionales. La vida económica del activo subyacente arrendado se estima en 10 años. El contrato de arrendamiento no incluye las cláusulas de opción de compra y/o valor residual garantizado. No se pactan prestaciones de servicios, ni cuotas contingentes. Las cuotas de arrendamiento se cifran en 35.000 euros anuales vencidos.

En la formalización del contrato de arrendamiento el valor actual es 139.744,85 euros, de la obligación de pago inicial ($35.000 \text{ €} \times 5 \text{ años}$) descontada al 8 por 100 efectivo anual, que es el tanto incremental de endeudamiento del arrendatario (tanto de interés de salida). Cuando se formaliza el contrato de arrendamiento, el arrendatario no tiene intención de ejercitar la prórroga de vencimiento. Valor inicial de la obligación de pago de salida del plazo no revocable, 5 años:

$$VAN_0 = 35.000 \times \sum_{K=1,2,3,4,5} (1 + 8\%)^{-K} = 35.000 \times 3,992710037 = 139.744,85 \text{ €}$$

Al final del año 3, el arrendatario decide ejercitar la opción de prórroga por 2 años adicionales. En este instante, se cuantifica el valor actual en 62.414,17 euros, de la obligación de pago pendiente de amortización por reembolso ($35.000 \text{ €} \times 2 \text{ años}$).

$$VAN_3 = 35.000 \times \sum_{K=1,2} (1 + 8\%)^{-K} = 35.000 \times 1,783264746 = 62.414,27 \text{ €}$$

- Método prospectivo. No altera el coste histórico, 62.414,27 euros, al final de año 3. Se calcula un nuevo tipo de interés efectivo sobre el coste histórico de 62.414,27 euros y los flujos de efectivo estimados ($35.000 \text{ €} \times 4 \text{ años}$). La nueva tasa de interés sería del 42,46 por 100 efectivo anual. Cálculo del nuevo tanto anual de interés efectivo:

$$TIR = -62.414,27 + 35.000 \times \sum_{K=1,2,3,4} (1 + i)^{-K} \cong 42,46\% \text{ TAE}$$

- Método de actualización. Rectifica el importe de la obligación de pago al final del año 3. La obligación de pago corregida es el valor descontado al término del año 3, 115.924,44 euros, de las estimaciones de los pagos por arrendamiento futuros ($35.000 \text{ €} \times 4 \text{ años}$) actualizados con el tanto de interés original de salida, 8 por 100 efectivo anual. Cálculo del valor actual de la obligación de pago corregida con el tanto anual efectivo de interés de salida:

$$VAN_3 = 35.000 \times \sum_{K=1,2,3,4} (1 + 8\%)^{-K} = 35.000 \times 3,31212684 = 115.924,44 \text{ €}$$

- Método retrospectivo. Modifica el coste histórico de la obligación de pago al final del año 3. La obligación de pago corregida es el valor descontado, 97.178,76 euros, al término del año 3 de las estimaciones de los pagos por arrendamiento futuros ($35.000 \text{ €} \times 4 \text{ años}$) actualizados con un tanto de interés del 16,39 por 100 efectivo anual. Este nuevo tanto de interés efectivo se calcula con el valor actual, 139.744,85 euros, de la obligación de pago inicial, las cuotas de arrendamiento de

.../...

.../...

los 3 primeros años ($35.000 \text{ €} \times 3 \text{ años}$) más las estimaciones de los pagos por arrendamiento futuros ($35.000 \text{ €} \times 4 \text{ años}$).

Cálculo del nuevo tanto anual de interés efectivo, sobre el valor inicial de la obligación de pago del arrendatario corregida con las cuotas de arrendamiento del plazo opcional de prórroga de vencimiento:

$$\text{TIR} = -139.744,85 + 35.000 \times \sum_{K=1,2,3,\dots,7} (1 + i)^{-K} \cong 16,39\% \text{ TAE}$$

Valor actual de la obligación de pago pendiente de amortización por reembolso al finalizar el año 3 del plazo no revocable, estimada con el tanto anual efectivo corregido:

$$\text{VAN}_3 = 35.000 \times \sum_{K=1,2,3,4} (1 + 16,39\%)^{-K} = 35.000 \times 2,776536023 = 97.178,76 \text{ €}$$

El diagrama tabular sintetiza las diferentes valoraciones de la obligación de pago del arrendatario y los tipos de interés efectivos de las técnicas de cálculo propuestas:

Técnica de cálculo	Deuda viva al final del año 3 de la obligación de pago inicial	Tanto efectivo de interés de salida	Deuda viva al final del año 3 de la obligación de pago corregida	Tanto efectivo de interés corregido
Prospectivo	62.414,27	8%	62.414,27	42,46%
Actualización	62.414,27	8%	115.924,44	8%
Retrospectivo	62.414,27	8%	97.178,76	16,39%

Escogemos el *método de actualización* puesto que es el más elemental en cuanto al número de operaciones aritméticas, y además es consistente con las valoraciones de los pasivos financieros que proponen las normas contables IFRS, NIC 32 y NIC 39, y US GAAP, FASB 133 y FASB 159. Con este criterio el arrendatario debe corregir la obligación de pago inicial en respuesta a un cambio en sus preferencias sobre las opciones financieras del contrato de arrendamiento que signifiquen una variación de las estimaciones de los pagos por arrendamiento prospectivos [IASB & FASB, 2009, pág. 46, pfo. 5.29].

5.6. Referencia a las normas en vigor

Los criterios de valoración inicial y posterior de la obligación de pago del arrendamiento no son los mismos que los exigidos en NIC 39. IASB decide no aplicar el valor razonable en la valoración posterior y defiende que el tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario se debe corregir por actualización de las condiciones financieras.

El Dictamen 21 de APB, «Intereses por cobrar y por pagar» [FASB, 1971, APB, Opinion 21, *Interest on Receivable and Payables*], establece el criterio contable del devengo de intereses para los pasivos financieros en las normas US GAAP (técnicas de amortización financiera de los intereses). Este sistema de amortización financiera resulta coherente con los métodos propuestos en la valoración posterior. FASB podría exigir a los arrendatarios que contabilicen la obligación de pago del contrato de arrendamiento según el citado dictamen si los acuerdos para la nueva norma internacional de contabilidad no coinciden con este criterio [IASB & FASB, 2009, págs. 46-47, pfs. 5.30-5.34].

5.7. Valoración posterior del derecho de uso del activo subyacente

Examinamos dos posibles métodos alternativos para la valoración posterior del derecho de uso del activo subyacente arrendado: valor razonable y precio de coste amortizado.

La valoración posterior con el valor razonable refleja las condiciones financieras puntuales de mercado. Argumentamos que proporciona a los destinatarios de los estados financieros información más relevante que el precio de coste amortizado. Sin embargo, imponer el valor razonable en la valoración posterior del derecho de uso de los bienes de equipo arrendados presenta las siguientes desventajas:

- a) No simplifica la comparación de los estados financieros de distintas empresas, por ser incompatible con las valoraciones de otros activos no financieros. NIC 16 y NIC 38 admiten pero en forma alguna obligan a aplicar el valor razonable en la valoración posterior. En US GAAP, la adquisición de propiedades inmobiliarias, instalaciones técnicas, equipamiento y otros activos intangibles se valoran al precio de coste amortizado según la Declaración FASB 142.
- b) La valoración posterior y el valor razonable son incompatibles al no exigir la aplicación del valor razonable en el reconocimiento y valoración inicial del derecho de uso.
- c) La necesidad de múltiples y sucesivas valoraciones posteriores, al valor razonable, del derecho de uso del activo subyacente arrendado tendría un coste desproporcionado y su cálculo sería más complejo. Este inconveniente es más significativo en las valoraciones posteriores que en la valoración inicial porque no hay ninguna nueva transacción que haya que evaluar para calcular el valor razonable.

La valoración con el precio de coste amortizado requiere que el arrendatario amortice el derecho de uso del activo subyacente arrendado en el plazo más corto entre la duración del contrato de arrendamiento y la vida económica (vida útil en contabilidad) del activo subyacente. En los contratos de arrendamiento con opción de compra el activo subyacente se amortiza durante la vida económica que puede sobrepasar el plazo de arrendamiento estipulado en las condiciones financieras. El criterio de amortización se basa en el patrón de consumo de los beneficios económicos incorporados en el derecho de uso del activo subyacente arrendado.

No obstante exponemos que la amortización contable es potencialmente ilusoria o irreal en algunos arrendamientos con el siguiente argumento:

«La disminución del valor contable del derecho de uso del activo subyacente arrendado representa el cargo del arrendador por el uso del activo subyacente. En consecuencia, sostienen que el decrecimiento del valor del derecho de uso del activo subyacente se podría recoger como un gasto por alquiler en la cuenta de resultados, en lugar de una dotación a la amortización contable. Sin embargo, la carga de intereses por aplazamiento de las cuotas de arrendamiento no modifica su naturaleza de gasto financiero» [IASB & FASB, 2009, pág. 49, pfs. 5.42-5.43].

Afirmamos que imponer la valoración al precio de coste amortizado del derecho de uso del activo subyacente arrendado tiene las siguientes connotaciones:

- a) Es consistente con las valoraciones de otros activos no financieros recogidos en las normas NIC 16 y NIC 38.
- b) Es coherente con la aplicación del precio de coste en la valoración inicial del derecho de uso según NIC 16, NIC 38 y FASB 142.
- c) Su cálculo es más simple y elemental y se implementa con menos dificultad.

Pensamos que las desventajas de imponer la valoración posterior al valor razonable del derecho de uso de los bienes de equipo arrendados exceden a los beneficios potenciales que obtendrían los destinatarios de los estados financieros. En consecuencia, proponemos que el arrendatario tiene que calcular la valoración posterior al precio de coste amortizado del derecho de uso del activo subyacente arrendado [FASB, 2009, Nov. 18].

5.8. Deterioro del valor del derecho de uso

El valor contable del derecho de uso de los activos subyacentes arrendados debe someterse a un análisis del deterioro de valor. Observamos las siguientes alternativas:

- Debemos examinar el deterioro de valor del derecho de uso propiamente dicho en todos los contratos de arrendamiento.
- Evaluamos el deterioro de valor del activo subyacente arrendado en la totalidad de los contratos de cesión de un derecho de uso.

Presentamos cuatro opciones para contabilizar el deterioro de valor del derecho de uso:

1. Imponer a todas las empresas aplicar las normas del IASB: NIC 36, «Deterioro del valor de los activos» [IAS 36, *Impairment of Assets*].
2. Exigir los principios contables US GAAP: FASB 144, «Contabilidad del deterioro de valor o eliminación de activos de larga vida económica [SFAS 144, *Accounting for the Impairment or Disposal of Long-lived Assets*], y Norma Estándar de Codificación 350, Fondo de Comercio y Otros Intangibles [FASB *Accounting Standards Codification*TM Topic 350, *Goodwill and Other Intangibles*].

3. Desarrollar un sistema específico para calcular el deterioro de valor del derecho de uso de los activos materiales.
4. Obligar a utilizar las normas actualmente en vigor: NIC 36 a las empresas que adoptan las NIIF, y FASB 144 y *Accounting Standards Codificaion*TM Topic 350 a las empresas que aplican los US GAAP.

Preferimos la opción 1. La alternativa escogida impulsa la convergencia de los criterios contables de US GAAP y NIIF, entre FASB e IASB. No obstante, resulta evidente que la opción 4 proporciona mayor coherencia en los estados financieros de las empresas [FASB, 2009, June 17]. El derecho de uso del activo subyacente periódicamente se evaluará para determinar si existe deterioro de valor según los preceptos de las normas actualmente en vigor.

A las empresas que aplican las NIIF (IFRS) se les admite revalorizar el valor contable del derecho de uso de los activos subyacentes arrendados de forma consistente con NIC 38. En el caso de los US GAAP no se permite la revalorización del derecho de uso de los activos arrendados, pero se autoriza la reversión del deterioro de valor previamente reconocido [FASB, 2009, Nov. 18].

Diagrama tabular comparativo sintético de las valoraciones

Valoraciones	Valoración inicial	Valoración posterior
Pasivos financieros	Valor razonable NIC 32, 39	Valor razonable Coste amortizado NIC 32, 39
Obligación de pago de un contrato de arrendamiento	Valor razonable NIC 17, 32, 39 FASB 13, 133, 159	Coste amortizado NIC 17, 32, 39 FASB 13, 133, 159
Activos materiales	Precio de coste NIC 16, 38	Valor razonable NIC 16, 36, 38
Derecho de uso de activos subyacentes arrendados	Precio de coste NIC 16, 38 FASB 142	Precio de coste amortizado NIC 16, 36, 38 FASB 142, 144

6. PRÓRROGA DE VENCIMIENTO Y OPCIÓN DE COMPRA

6.1. Cláusulas de opciones financieras implícitas

Se piensa que la posibilidad tácita de renegociar el contrato de arrendamiento constituye una opción financiera implícita que determina el plazo de arrendamiento. Consideramos que la posición de un arrendatario no es igual cuando se sopesa un contrato de arrendamiento que incluye una cláusula financiera explícita de prórroga por un plazo adicional, que un contrato que no contiene dicha cláusula. En consecuencia, defendemos que las posiciones económicas de los arrendatarios son absolutamente diferentes.

El campo de aplicación se circunscribe a las cláusulas contractuales de opciones financieras, por tanto, el arrendatario con una opción tácita implícita no puede reconocer un plazo de arrendamiento que exceda del plazo contractual. Sin embargo, el arrendatario que tiene una cláusula contractual de opción de prórroga puede reconocer el plazo adicional como suplemento del plazo de arrendamiento inicial para determinar el plazo total de arrendamiento. Las cláusulas de opciones financieras que incluyen los contratos de arrendamientos afectan significativamente a los derechos y obligaciones que derivan de un contrato de arrendamiento. Por tanto, analizamos únicamente las cláusulas contractuales de opciones financieras.

6.2. Reconocimiento de la prórroga de vencimiento

Un contrato de arrendamiento puede incluir una cláusula financiera de prórroga opcional a favor del arrendatario para extender el plazo de arrendamiento inicial. En este caso el arrendatario tiene el derecho a utilizar el bien de equipo arrendado en el plazo adicional de prórroga, pero no está coaccionado por los términos del contrato, no tiene el deber de ejercitarla siempre de forma incondicional (es una cláusula a ejercitar con discreción). La prórroga de vencimiento supone reconocer en la obligación de pago cuotas de arrendamiento imprevistas de un plazo adicional revocable, complementario del plazo contractual de salida, no revocable.

Por ejemplo, se formaliza un contrato de arrendamiento por 5 años, que incorpora una cláusula financiera de prórroga por un periodo adicional de 3 años. Los términos de este contrato imponen al arrendatario un plazo inicial de 5 años (plazo no revocable), y tiene la opción financiera discrecional de prorrogar en un periodo adicional de 3 años (plazo revocable). Un contrato de arrendamiento idéntico en términos económicos es fijar un plazo contractual de 8 años, con un plazo no revocable de 5 años, es decir, con una opción financiera de cancelación anticipada a los 5 años.

Como se examina en el epígrafe *Contabilidad de los contratos complejos de arrendamiento* se rechaza el modelo de análisis que reconoce elementos separables diferenciados y se propone un sistema de registro y reconocimiento de un único activo y pasivo contable en un contrato de arrendamiento.

Con el criterio de reconocer elementos separables diferenciados en un contrato de arrendamiento la obligación de pago del arrendatario de una prórroga de vencimiento no verifica los criterios de registro y reconocimiento de un pasivo contable. Esto es, la obligación de pago de las cuotas de arrendamiento que comprende la prórroga de vencimiento depende de un resultado probable, arbitrario e impredecible con total certeza, que el arrendatario ejercite dicha opción.

Sin embargo, bajo el sistema propuesto de reconocer un único activo contable y un único pasivo contable, se considera que del contrato de arrendamiento deriva una responsabilidad a cargo del arrendatario, a saber, el reembolso de los pagos por arrendamiento prospectivos a cambio de la cesión del derecho de uso, que incluye las cuotas de arrendamiento del plazo adicional de prórroga de vencimiento. En este caso, la obligación de pago del arrendatario verifica los criterios de registro y reconocimiento de un pasivo contable.

Estudiamos dos técnicas contables para los contratos de arrendamiento que incorporan cláusulas de opciones financieras de prórroga por un plazo adicional y de rescisión o cancelación anticipada antes de agotar el plazo contractual.

- a) *Asignar probabilidades a los distintos plazos opcionales alternativos*, según el criterio del arrendatario.
- b) *Reconocer el plazo de arrendamiento preferido por el arrendatario* entre las opciones financieras del contrato.

6.2.1. *Asignar probabilidades a los distintos plazos opcionales alternativos*

El arrendatario según sus preferencias reconoce y valora la obligación de pago del contrato de arrendamiento asignando una probabilidad de elección a los distintos plazos opcionales alternativos que resultan de las cláusulas de opciones financieras. La incertidumbre sobre el plazo de arrendamiento se corrige con la valoración. Consideramos este ejemplo:

EJEMPLO 2:

Opción de prórroga de vencimiento

Se pacta un arrendamiento por un plazo inicial no revocable de 10 años. El contrato incluye, a favor del arrendatario, una cláusula financiera de prórroga por un plazo revocable adicional de 5 años. Las cuotas de arrendamiento de ambos plazos se cifran en 100 euros anuales anticipados. El arrendatario estima en un 80 por 100 la probabilidad de ejercitar la prórroga por los 5 años adicionales.

Sin aplicar la actualización financiera a las cuotas de arrendamiento para determinar el valor actual. Se puede recurrir a una técnica rudimentaria de cálculo según las expectativas del arrendatario para reconocer y valorar la obligación de pago del contrato, que se cifra en 1.400 euros. Su cálculo:

$$(20\% \times 10 \text{ años} \times 100 \text{ €/año}) + (80\% \times 15 \text{ años} \times 100 \text{ €/año}) = 1.400 \text{ €}$$

La entrega del activo subyacente por el arrendador al arrendatario es el acontecimiento que desencadena una salida de recursos económicos.

Con el sistema de «Asignar probabilidades a los distintos plazos opcionales alternativos» no hay necesidad de definir si el contrato de arrendamiento se pacta por 10 o 15 años. Se suscribe la responsabilidad contractual de liquidar la obligación de pago y la incertidumbre sobre el plazo de arrendamiento se soluciona con la valoración.

Esta técnica no tiene como finalidad reconocer como elemento separable diferenciado la prórroga de vencimiento. Sin embargo, esta cláusula financiera de renovación y la pro-

.../...

.../...

babilidad de que ese derecho sea ejercido se incorporan en la valoración de la obligación de pago del arrendatario. En consecuencia, puede afirmarse que este método es más coherente en cuanto que evalúa y ajusta la obligación de pago por la existencia de una cláusula financiera discrecional de prórroga que el sistema de «reconocer el plazo de arrendamiento preferido».

Criticamos la técnica de «asignar probabilidades a los distintos plazos opcionales alternativos» por la dificultad que entraña una valoración fiable de la probabilidad de ejercitar la prórroga de vencimiento y renovar el contrato. Además se apunta que cuando el arrendatario reconoce la obligación de pago, esta técnica no refleja un resultado factible realista. Queda patente que el arrendatario reconoce la obligación de pago del contrato de arrendamiento por 1.400 euros. Esto corresponde a un arrendamiento de 14 años, que se evidencia en:

$$14 \text{ años} \times 100 \text{ €/año} = 1.400 \text{ €}$$

Sin embargo, los posibles plazos yuxtapuestos son únicamente 10 años o 15 años de forma excluyente. No existe una cláusula financiera contractual para escoger la opción de un plazo de 14 años (solución impropia), que es una opción hipotética irreal.

6.2.2. Reconocer el plazo de arrendamiento preferido

El arrendatario con su criterio de preferencia resuelve el contrato, y solo reconoce el importe de la obligación de pago asociada al plazo con mayor probabilidad de elección entre las posibles alternativas recogidas en las cláusulas financieras contractuales. La incertidumbre sobre el plazo de arrendamiento se soluciona con el reconocimiento. La entrega del activo subyacente por el arrendador al arrendatario es el acontecimiento que desencadena una salida de recursos económicos.

Esta técnica describe el contrato de arrendamiento del ejemplo 2, como un arrendamiento con dos plazos alternativos excluyentes 10 años o 15 años. Considera la evaluación de una opción financiera de renovación por un plazo adicional como una cuestión de incertidumbre sobre una transacción o suceso pasado que origina una obligación presente. En otras palabras, el arrendatario suscribe el derecho de uso del activo subyacente durante 10 años con la obligación de pago simétrica por 10 años, o, al contrario, pacta el derecho de uso del activo subyacente y la correspondiente obligación de pago durante 15 años.

Se critica este método porque, una vez se toma la decisión sobre la elección del plazo de arrendamiento, ignora la presencia explícita cuando desecha el resto de plazos alternativos del conjunto de plazos potenciales que reconocen las cláusulas financieras.

Esta técnica cae en el error de no distinguir entre un contrato de arrendamiento con un plazo no revocable de 10 años que se puede extender con una opción de prórroga de vencimiento por un

plazo adicional revocable de 5 años de un contrato de arrendamiento con un plazo no revocable de 15 años, donde el arrendatario suscribe una obligación de pago incondicional por 15 años. Bajo el supuesto de un contrato de arrendamiento con una opción financiera de prórroga en un plazo adicional de 5 años, el arrendatario puede rescindir y cancelar el contrato al finalizar los 10 años y ahorrar-se el pago de las cuotas de arrendamiento del plazo de prórroga adicional.

6.2.3. Conclusiones preliminares

Proponemos el sistema de *Reconocer el plazo de arrendamiento preferido* donde el arrendatario debe reconocer una obligación de pago según su expectativa sobre el plazo de arrendamiento más probable, de forma excluyente debe escoger entre las opciones alternativas contractuales factibles. Razo-namos que este método omite los problemas de valoración de la técnica de *Asignar probabilidades a los distintos plazos opcionales alternativos* y, de hecho, es más fácil de implementar para las empresas.

6.3. Modificaciones del plazo de arrendamiento

Estudiamos tres posibles técnicas para concretar el plazo de arrendamiento:

- a) Cota inferior de probabilidad.
- b) Evaluación cualitativa del plazo de arrendamiento.
- c) Reconocer el plazo de arrendamiento preferido.

6.3.1. Cota inferior de probabilidad

Ese método exige al arrendatario aplicar una cota inferior (límite, umbral mínimo) de probabilidad para determinar cuándo un periodo temporal adicional se debe incluir dentro del plazo de arrendamiento. El criterio es que los plazos de prórroga adicionales se incluyen dentro del plazo de arrendamiento cuando el arrendatario tiene la previsión de ejercitar el derecho de uso del activo subyacente arrendado en la prórroga de vencimiento. Esta expectativa se cuantifica con una probabilidad y se exige que supere un valor mínimo, la cota inferior de probabilidad preestablecida.

Este criterio es similar a las técnicas recogidas en las actuales normas en vigor para contabilizar los arrendamientos: NIC 17 y FASB 13. Estas normas proponen que los plazos adicionales de prórroga contractual se incluyen dentro del plazo de arrendamiento si el arrendatario tiene una certeza razonable de que ejercerá el derecho de uso del activo subyacente arrendado durante el periodo temporal adicional. Criticamos este método por razón del test de prueba para determinar el plazo de arrendamiento, pues resulta evidente que no se cuantifica la cota mínima de probabilidad.

La principal ventaja de imponer una cota inferior de probabilidad para delimitar el plazo de arrendamiento radica en que ya es una práctica habitual en las empresas (por ejemplo, el *stock* mínimo de reposición o reabastecimiento).

Rechazamos este modelo por los siguientes inconvenientes:

- a) No se cuantifica la cota inferior de probabilidad, de forma que conceptualmente no es correcto. Cada arrendatario con criterios subjetivos puede delimitar de forma razonable una línea fronteriza divisoria para incluir o excluir una prórroga de vencimiento dentro del plazo de arrendamiento. Por consiguiente, el método de la cota inferior de probabilidad es una técnica arbitraria que dificulta y no simplifica la comparación de los estados financieros.
- b) Pensamos que si se adopta el método de cota inferior de probabilidad entonces se impone una norma fija contable en detrimento de una metodología basada en el desarrollo de unos criterios contables.

6.3.2. Evaluación cualitativa del plazo de arrendamiento

Este sistema exige a los arrendatarios una evaluación cualitativa del plazo de arrendamiento. Se fundamenta en el juicio prudente de las empresas para determinar con hipótesis razonables y asequibles el plazo sustancial de arrendamiento. Aunque no se propone ninguna indicación cuantitativa o cualitativa sobre el concepto de plazo sustancial de arrendamiento. Las ventajas de este método son:

- a) Claridad, por su cálculo simple y elemental asequible a cualquier empresa. Habitualmente un arrendatario, cuando formaliza un contrato de arrendamiento, evalúa cuánto tiempo utilizará el bien de equipo arrendado y también estima el presupuesto de las cláusulas de opciones financieras.
- b) No requiere un test de prueba análogo al propuesto por la cota inferior de probabilidad.

Rechazamos este modelo por las desventajas de esta técnica:

- a) No simplifica la comparación de los estados financieros. La razón es que este método se puede interpretar de forma arbitraria para aplicar cualquier técnica de cálculo con la finalidad de estimar el plazo de arrendamiento. Se infiere que distintos arrendatarios con posiciones económicas similares pueden registrar un arrendamiento con asientos contables específicos y diferenciados, no comparables.
- b) Las cláusulas de opciones financieras pueden demandar alguna instrucción complementaria adicional para la evaluación cualitativa a efectos de estimar el plazo de arrendamiento.

6.3.3. Reconocer el plazo de arrendamiento preferido

La última técnica propuesta impone al arrendatario reconocer la obligación de pago del contrato de arrendamiento, con el plazo de arrendamiento preferido, con mayor probabilidad de elección. Como el método de evaluación cualitativa, se exige que el arrendatario defina con hipótesis razonables y asequibles el plazo de arrendamiento. Sin embargo, la técnica que consiste en identificar y reconocer el plazo de arrendamiento preferido impone al arrendatario de forma explícita el compromiso de resolver el contrato con el resultado más probable. El ejemplo expone su implementación práctica.

EJEMPLO 3:**Reconocer el plazo de arrendamiento preferido**

Un arrendatario pacta un periodo de 5 años de arrendamiento. El arrendatario tiene una opción de prórroga renovable cada 5 años, que se puede ejercitar de forma reiterada a final de los años 5, 10, 15 y 20, contados desde la formalización. El arrendatario, por imperativo contractual, tiene que acometer, cada 10 años (vida económica), importantes obras de acondicionamiento que revalorizan el activo subyacente

Plazo de arrendamiento	5 años	10 años	15 años	20 años	25 años
Probabilidad	10%	35%	20%	20%	15%

Este ejemplo presenta una transacción comercial relativamente cerrada cuando se tienen expectativas de expansión en nuevos mercados emergentes. Las probabilidades reflejan el hecho de que el arrendatario generalmente necesitará más de 5 años para recuperar su inversión en el inmueble. Sin embargo, existe una oportunidad, cuando se está dispuesto a soportar los costes de la cancelación en caso de no renovar el contrato.

La exigencia contractual de inversiones en gastos de reparaciones y conservación, que revalorizan el activo subyacente, condiciona la decisión de elección del plazo de arrendamiento. Se prefiere lógicamente el plazo con probabilidad más alta, 10 años. En consecuencia, con la aplicación de esta técnica para calcular el plazo de arrendamiento, el arrendatario tendría racionalmente que fijar un plazo de 10 años.

6.3.4. Conclusiones preliminares

Cuando se impone al arrendatario reconocer el plazo de arrendamiento preferido, se omiten muchos de los problemas asociados a otros métodos de valoración.

No obstante se señalan posibles deficiencias que se observan en la aplicación del plazo de arrendamiento más probable. No se distingue por ejemplo entre:

- Un plazo de 5 años no revocable con una prórroga potestativa adicional de 5 años revocable, que el arrendatario está dispuesto a ejercitar por tener una preferencia prácticamente cierta.
- Un contrato con un plazo de 10 años no revocable.

En sendos contratos, el arrendatario reconocerá una obligación de pago por un plazo de 10 años. Sin embargo, en un contrato con un plazo de 5 años no revocable, más una opción financiera de prórroga por 5 años adicionales revocables, el arrendatario podrá rescindir y cancelar el contrato si no ejercita la prórroga, ahorrándose las cuotas de arrendamiento del plazo revocable. Por consi-

guiente, un sector opina que se debe categóricamente rechazar la técnica de reconocer el plazo de arrendamiento preferido. La existencia de capitales aleatorios, cuotas de arrendamiento de la prórroga de vencimiento, no es coherente con la técnica de reconocer el plazo de arrendamiento más probable. Piensan que, a menos que con la opción de renovar se premie al arrendatario con un importante incentivo, este reconocerá su obligación de pago por el plazo no revocable, más corto.

6.4. Factores condicionantes del plazo de arrendamiento

Cuando el arrendatario invoca y ejecuta una opción de prórroga de vencimiento o de cancelación de un contrato de arrendamiento puede estar condicionado por factores distintos del coste de ejercitar dicha opción. Se consideran las siguientes categorías:

1. Factores contractuales: cuotas de arrendamiento de la prórroga de vencimiento y su importe; valor residual garantizado y su importe; existencia de una cláusula financiera de penalización en caso de cancelación anticipada y el importe de la sanción; costes inherentes a la devolución del activo subyacente arrendado en condiciones operativas de funcionamiento específicas o bien a depositar en un punto de entrega.
2. Factores no contractuales: inversiones para acondicionar, mantener, y conservar el activo subyacente arrendado que se pierden en caso de interrumpir y no renovar el contrato; costes de traslado y nueva localización por cuenta de la empresa, por no renovar el contrato; gastos fiscales de impuestos y tributos; costes por pérdidas en las actividades productivas; costes asociados a la búsqueda de un activo alternativo para arrendar.
3. Factores comerciales: naturaleza de los activos arrendados, cuando se renuncia al derecho de uso se ponen a disposición de un competidor potencial; situación del activo arrendado; experiencia práctica derivada del uso industrial o comercial; expectativas del arrendatario y formación práctica adquirida.

6.5. Prórroga de vencimiento y nueva estimación del plazo de arrendamiento

Estudiamos la posibilidad de exigir la reevaluación del plazo de arrendamiento después del reconocimiento inicial y el efecto que tendría en la valoración posterior de los activos y pasivos contables reconocidos.

Las normas NIC 17 y FASB 13 para contabilizar los arrendamientos no consideran una nueva estimación del plazo de arrendamiento con la excepción de ciertos casos puntuales (por ejemplo: un cambio de elección en las alternativas ya estipuladas en las opciones financieras de las cláusulas contractuales o una novación del contrato con la incorporación condiciones financieras inéditas, antes no pactadas). En consecuencia, la valoración inicial del activo y pasivo contable reconocido permanece fija y no se ajusta por las modificaciones que ocasiona una nueva estimación del plazo de arrendamiento.

El ejemplo siguiente muestra el efecto de la cancelación anticipada de un contrato que omite una nueva estimación del plazo de arrendamiento. En general, el resultado de la cancelación anticipada de un contrato de arrendamiento con un plazo fijo irrevocable en la cuenta de resultados del arrendatario será un beneficio. Para mayor claridad expositiva los cálculos se redondean a Euros, despreciando los céntimos.

EJEMPLO 4:

Plazo de arrendamiento preferido y cancelación anticipada

Se considera un contrato de arrendamiento con los supuestos que se exponen:

Plazo no revocable de arrendamiento, 5 años. Prórroga de vencimiento, 3 años, plazo revocable. Cuotas anuales vencidas de arrendamiento, 100 euros. Tanto incremental de endeudamiento del arrendatario, 10 por 100 efectivo anual. Cuando se formaliza, el plazo inicial de arrendamiento más probable es de 8 años. No se ejerce la prórroga al final del año 5, y se rescinde el contrato.

Diagrama tabular del estado de posición y cuenta de resultados del arrendatario:

Balance posición financiera	Cantidades anuales vencidas					
	0	1	2	3	4	5
Derecho de uso	533	466	399	332	265	198
Obligación de pago	(533)	(487)	(436)	(379)	(317)	(249)
Pagos acumulados (1)	–	(100)	(200)	(300)	(400)	(500)

Cuenta de resultados	Cantidades anuales vencidas					
	0	1	2	3	4	5
Amortización (2)	–	(67)	(67)	(67)	(67)	(67)
Carga financiera	–	(53)	(49)	(44)	(38)	(32)
Beneficio/Pérdida	–	–	–	–	–	51
Suma de gastos	–	(120)	(116)	(111)	(105)	(48)

(1) Pagos retrospectivos por arrendamiento acumulados.

(2) Dotaciones a la amortización contable reconociendo el plazo de arrendamiento preferido.

Obligación de pago

Valor actual de la obligación de pago pendiente de amortización por reembolso al inicio del contrato de arrendamiento:

$$VAN_0 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,\dots,8} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 5,33493 \cong 533 \text{ €}$$

.../...

.../...

Valor actual de la obligación de pago pendiente de amortización por reembolso al final de cada uno de los años del plazo no revocable, de salida, del arrendamiento:

$$VAN_1 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,\dots,7} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 4,86842 \cong 487 \text{ €}$$

$$VAN_2 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,\dots,6} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 4,35526 \cong 436 \text{ €}$$

$$VAN_3 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,4,5} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 3,79079 \cong 379 \text{ €}$$

$$VAN_4 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,4} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 3,16987 \cong 317 \text{ €}$$

$$VAN_5 = 100 \times \sum_{K=1,2,3} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 2,48685 \cong 249 \text{ €}$$

Derecho de uso

El derecho de uso del activo subyacente arrendado se amortiza en el plazo de arrendamiento, 8 años, que es como resuelve el contrato el arrendatario, su estimación del plazo de arrendamiento más probable en la fecha de formalización. Se calcula la cuota anual de dotaciones a la amortización contable:

$$\text{Cuota anual de amortización } CA_K = PA/VU = 533/8 \cong 67 \text{ €/año, } K = 1, 2, 3, \dots, 8$$

El valor contable o coste histórico del activo subyacente arrendado se obtiene con la valoración al coste amortizado.

$$\text{Valor contable } VC_K = VC_{K-1} - CA_K, K = 1, 2, 3, \dots, 8$$

Intereses por aplazamiento

La carga financiera por intereses del año K-ésimo, IK , se calcula multiplicando la obligación de pago pendiente del año $K-1$, C_{K-1} , por la tasa del 10 por 100 efectivo anual, que es el tanto incremental de endeudamiento del arrendatario.

$$I_K = C_{K-1} \times 10\%, K = 1, 2, 3, \dots, 8$$

$$\text{Por ejemplo, los intereses del año 2, } I_2 = C_1 \times 10\% = 487 \times 10\% \cong 49 \text{ €}$$

Un beneficio de 51 euros se reconoce en la cuenta de resultados por la cancelación anticipada. Esto refleja el hecho de que el valor en libros del activo subyacente arrendado que causa baja (198 €) es menor que los pagos por arrendamiento prospectivos, pendientes de la obligación de pago del arrendatario (249 €). La razón es que las dotaciones a la amortización contable son lineales y el activo se deprecia más rápidamente, en una proporción mayor que las cuotas de interés de la amortización financiera.

6.5.1. Conclusiones preliminares

La razón de una nueva estimación del plazo de arrendamiento es proporcionar a los destinatarios de los estados financieros la información más relevante y fiable. Por tanto, proponemos una nueva estimación del plazo de arrendamiento cuando se adviertan hechos insólitos o circunstancias recientes con trascendencia económica que cambien las preferencias del arrendatario sobre la elección de las opciones que autorizan las cláusulas financieras contractuales, no necesariamente en cada fecha de depósito de las cuentas anuales [IASB & FASB, 2009, pág. 64, pfo. 6.47].

6.6. Contrapartida de la valoración posterior de la obligación de pago por nueva estimación del plazo de arrendamiento

Exigir al arrendatario volver a evaluar el plazo de arrendamiento cada vez que se depositan las cuentas anuales, para cumplir con las obligaciones fiscales y mercantiles, tiene como resultado una modificación en la valoración posterior de la obligación de pago del contrato de arrendamiento. Proponemos dos técnicas contables para incorporar correcciones inéditas en la obligación de pago como respuesta a un cálculo sucesivo del plazo de arrendamiento:

- a) Reconocer y valorar cualquier cambio en la obligación de pago del arrendatario como un beneficio o pérdida en la cuenta de resultados.
- b) Reconocer cualquier cambio en la obligación de pago del arrendatario como un ajuste en la valoración posterior del derecho de uso del activo subyacente arrendado.

El ejemplo que incluimos explica el efecto de las modificaciones originadas por un recálculo del plazo de arrendamiento como un ajuste en la valoración posterior del derecho de uso.

EJEMPLO 5:

Reevaluación del plazo de arrendamiento

Supuestos: hipótesis del ejemplo 4, más las condiciones inéditas que se indican. El plazo de arrendamiento más probable se estima en 5 años en la fecha de formalización del contrato. El plazo de arrendamiento más probable se estima en 8 años, al principio del año 4. Al finalizar el año 3, el arrendatario calcula el valor actual de las cuotas de arrendamiento pendientes de amortización, y corrige la valoración posterior de la obligación de pago y del derecho de uso del activo subyacente. Cuando se ejercita la opción financiera de prórroga de vencimiento no es necesario ningún ajuste complementario en la valoración posterior de la obligación de pago ni en el derecho de uso del activo subyacente.

.../...

.../...

Balance posición financiera	Cantidades anuales vencidas								
	0	1	2	3	4	5	6	7	8
Derecho de uso	379	303	227	356	285	214	143	72	–
Obligación de pago	(379)	(317)	(249)	(379)	(317)	(249)	(174)	(91)	–
Pagos acumulados (1)	–	(100)	(200)	(300)	(400)	(500)	(600)	(700)	(800)

Cuenta de resultados	Cantidades anuales vencidas								
	0	1	2	3	4	5	6	7	8
Amortización (2)	–	(76)	(76)	(76)	(71)	(71)	(71)	(71)	(72)
Carga financiera	–	(38)	(32)	(25)	(38)	(32)	(25)	(17)	(9)
Suma de gastos	–	(114)	(108)	(101)	(109)	(103)	(96)	(88)	(81)

(1) Pagos retrospectivos por arrendamiento acumulados.

(2) Dotaciones a la amortización contable reconociendo el plazo de arrendamiento preferido.

Los diagramas tabulares expuestos analizan los tramos que se modifican en el estado de posición financiera y en la cuenta de resultados del arrendatario siempre que el resto de los términos del contrato se mantengan fijos e invariables.

Obligación de pago de salida

Valor actual de la obligación de pago pendiente de amortización por reembolso al inicio del contrato de arrendamiento:

$$VAN_0 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,4,5} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 3,79079 \cong 379 \text{ €}$$

Valor actual de la obligación de pago pendiente de amortización por reembolso al final del año 1, 2 y 3 del plazo de arrendamiento:

$$VAN_1 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,4} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 3,16987 \cong 317 \text{ €}$$

$$VAN_2 = 100 \times \sum_{K=1,2,3} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 2,48685 \cong 249 \text{ €}$$

$$VAN_3 = 100 \times \sum_{K=1,2} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 1,73554 \cong 174 \text{ € (1)}$$

Al principio del año 4, una vez que el arrendatario modifica sus expectativas y escoge como plazo de arrendamiento más probable 8 años: el plazo contractual de salida, 5 años no revocables, más la prórroga de vencimiento, 3 años adicionales revocables.

Se corrige el valor actual de la obligación de pago del arrendatario con los pagos por arrendamiento prospectivos, pendientes del plazo no revocable, 2 años $\times$ 100 €/año, más la prórroga suplementaria, 3 años $\times$ 100 €/año.

$$VAN_{3C} = 100 \times \sum_{K=1,2,3,4,5} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 3,79079 \cong 379 \text{ € (2)}$$

.../...

.../...

La diferencia entre:

- (1) Valor actual de los pagos por arrendamiento prospectivos, 174 euros, de la estimación del plazo de arrendamiento más probable en la formalización del contrato, comienzo de la operación, plazo no revocable, 5 años.
- (2) Valor actual de los pagos por arrendamiento futuros, 379 euros, una vez que el arrendatario cambia sus preferencias, al principio del año 4, y rectifica corrige la obligación de pago incluyendo las cuotas de arrendamiento de la opción de prórroga, 3 años.

$$VAN_{3C} - VAN_3 = 379 - 174 = 205 \text{ €}$$

Asienta los siguientes registros contables: se carga la cuenta del derecho de uso en 205 euros y se abona la cuenta de la obligación de pago en 205 euros.

Derecho de uso

Con este importe se debe rectificar el valor contable del derecho de uso del activo subyacente arrendado. Antes de que el arrendatario incorpore el cambio en sus predicciones se calcula la cuota anual de dotaciones a la amortización contable:

$$\text{Cuota anual de amortización } CA_K = PA/VU = 379/5 \cong 76 \text{ €/año, } K = 1, 2, 3$$

$$\text{Suma de amortizaciones dotadas } SA_3 = 3 \text{ años} \times 76 \text{ €/año} = 228 \text{ €}$$

Valor contable del derecho de uso antes de que el arrendatario modifique sus preferencias:

$$VC_3 = PA - SA_3 = 379 - 228 = 151 \text{ €}$$

Importe del valor contable del derecho de uso corregido tras la nueva reevaluación del plazo de arrendamiento:

$$VC_{3C} = 151 + 205 = 356 \text{ €}$$

Cálculo de la nueva cuota anual de amortización contable durante el plazo que resta hasta la cancelación del contrato de arrendamiento:

$$CA_K = PA/VU = 356/5 \cong 71 \text{ €/año, } K = 4, 5, 6, 7, 8$$

El valor contable o coste histórico del activo subyacente arrendado se obtiene con la valoración al precio de coste amortizado.

$$\text{Valor contable } VC_K = VC_{K-1} - CA_K, K = 1, 2, 3, \dots, 8$$

Obligación de pago corregida

Valor actual de la obligación de pago pendiente de amortización por reembolso al final de cada uno de los años que restan del plazo de arrendamiento:

$$VAN_4 = 100 \times \sum_{K=1,2,3,4} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 3,16987 \cong 317 \text{ €}$$

.../...

.../...

$$VAN_5 = 100 \times \sum_{K=1,2,3} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 2,48685 \cong 249 \text{ €}$$

$$VAN_6 = 100 \times \sum_{K=1,2} (1 + 10\%)^{-K} = 100 \times 1,73554 \cong 174 \text{ €}$$

$$VAN_7 = 100 \times (1 + 10\%)^{-1} = 100 \times 0,90909 \cong 91 \text{ €}$$

Intereses por aplazamiento

La carga financiera por intereses del año K-ésimo, I_K , se calcula multiplicando la obligación de pago pendiente del año K-1, C_{K-1} , por la tasa del 10 por 100 efectivo anual, que es el tanto incremental de endeudamiento del arrendatario.

$$I_K = C_{K-1} \times 10\%, K = 1, 2, 3, \dots, 8$$

Por ejemplo, los intereses del año 3, $I_3 = C_2 \times 10\% = 249 \times 10\% \cong 25 \text{ €}$

Reconocer en la cuenta de resultados una actualización de la obligación de pago es coherente con el tratamiento de la mayoría de los pasivos financieros según NIC 32 y NIC 39. En general, reconocer un cambio en la obligación de pago no siempre significa corregir la valoración posterior del valor contable de un activo subyacente arrendado.

Sin embargo, en los contratos de arrendamiento hay un vínculo claro entre el derecho de uso y la obligación de pago. Si el plazo de arrendamiento aumenta, la obligación de pago se corrige directamente en el mismo sentido. Además, en correspondencia hay un incremento del valor contable del derecho de uso, ya que el arrendatario espera utilizar el activo por un periodo de 8 años en lugar de 5 años iniciales. Se puede afirmar que el arrendatario ha comprado un derecho de uso suplementario. Un cambio en la obligación de pago se puede interpretar como un ajuste por actualización del precio de coste inicial del derecho de uso del activo subyacente arrendado.

Este criterio es consistente con las pautas recomendadas para la cancelación de los pasivos financieros propuestas en CINIIF 1, «Cambios en los pasivos existentes por disoluciones y liquidaciones, transformación y similares» [IFRIC 1, *Changes in Existing Decommissioning, Restoration and Similar Liabilities*], y Declaración FASB 143, «Contabilidad de las obligaciones derivadas del retiro de activos materiales» [SFAS 143, *Accounting for Asset Retirement Obligations*], cuando se reconoce un ajuste en el valor contable del activo subyacente por modificaciones en los pasivos financieros derivados de la actualización de los costes de desmantelamiento.

6.6.1. Conclusiones preliminares

Proponemos que cualquier modificación para actualizar la obligación de pago del arrendatario por nueva estimación del plazo de arrendamiento se reconozca como un ajuste en el valor contable

del derecho de uso del activo subyacente arrendado [FASB, 2009, Nov. 18] [IASB & FASB, 2009, pág. 66, pfo. 6.54].

La tasa de descuento del arrendatario no se corrige cuando se produzcan cambios en la valoración posterior por nueva estimación del plazo de arrendamiento [FASB, 2010, Jan. 20].

6.7. Arrendamiento con opción de compra

La opción de compra es la última oportunidad de renovación del contrato, no es diferente de la renovación del contrato por un plazo adicional que comprende la totalidad de la vida económica del activo arrendado. Razón por la que concluimos que los requisitos contables de la opción de compra deben ser idénticos a la cláusula de prórroga de vencimiento por un periodo suplementario o a la cláusula de rescisión y cancelación del contrato.

En consecuencia proponemos que:

- a) La opción de compra no se debe reconocer como un elemento separable diferenciado.
- b) Cuando se reconoce la obligación de pago del contrato de arrendamiento, el arrendatario debe decidir si tiene expectativas de ejercitar o no la opción de compra. Si estima casi cierta la probabilidad de adquirir la propiedad del activo subyacente arrendado, entonces la obligación de pago debe incluir el coste de dicha opción.
- c) La elección y el cálculo del plazo de arrendamiento se basa en las expectativas de previsión y preferencias del arrendatario acerca del resultado con probabilidad más alta de los pactados en las condiciones financieras contractuales.
- d) Cuando se elige el plazo más probable, el arrendatario evalúa las cláusulas contractuales, no contractuales y los puntos negociables (que no están cerrados, que aún son discutibles o susceptibles de varias interpretaciones, porque se revelan lagunas u omisiones).
- e) Cuando se tiene la confianza de ejercitar la opción de compra se debe sistemáticamente revisar su cálculo y actualizar su importe (test de valoración posterior) en cada fecha de depósito de las cuentas anuales.
- f) La valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario a consecuencia de una nueva estimación del importe de la opción de compra (con la indudable probabilidad casi cierta de que se ejercitará) supone una corrección en los capitales pendientes de la amortización contable del derecho de uso del activo subyacente [IASB & FASB, 2009, págs. 66-67, pfos. 6.56-6.57].

Defendemos que resulta incuestionable descontar el coste de ejercitar la opción de compra antes de incluirlo en la obligación de pago del contrato de arrendamiento. Esta actualización puede tener como resultado una sobrevaloración del derecho de uso del activo subyacente arrendado. Las cuotas de arrendamiento de forma tácita e implícita ya incluyen una prima de indemnización al arrendador si el arrendatario no ejercita la opción de compra.

Exponemos que incluir simultáneamente la prima de indemnización y el valor descontado de la opción de compra en la obligación de pago del arrendamiento tendrá como resultado una sobrevaloración del derecho de uso del activo subyacente arrendado, desproporcionado cuando se compara con su valor razonable sin duda alguna notablemente inferior.

7. CUOTAS CONTINGENTES Y VALOR RESIDUAL GARANTIZADO

7.1. Reconocimiento de las cuotas contingentes de alquiler

Los contratos de arrendamiento contienen con frecuencia habitual unos capitales aleatorios, de cuantía incierta por hechos fortuitos imprevistos que sobrevienen después de la formalización del contrato. Estas cantidades son las cuotas contingentes de alquiler, con fecha de vencimiento o disponibilidad cierta, pactada en las condiciones financieras.

Podemos afirmar que el valor residual garantizado es una variante específica de las cuotas contingentes de alquiler. Un valor residual garantizado es una cuota contingente en un instante de valoración concreto, cuando finaliza el contrato de arrendamiento. Los criterios sobre cómo contabilizar las cuotas contingentes y el valor residual garantizado reflejan esos puntos de afinidad. Examinamos dos técnicas para el reconocimiento de las cuotas contingentes de alquiler: a) Gasto necesario ineludible; b) Valoración dentro de la obligación de pago.

7.2. Cuotas contingentes reconocidas en la obligación de pago

En los arrendamientos complejos rechazamos el modelo contable de registro y reconocimiento de las cláusulas financieras como elementos separables diferenciados de la obligación de pago del arrendatario. Debemos reconocer y valorar un único activo y pasivo contable que incluya las cuotas contingentes. Con este criterio, la obligación de pago del contrato de arrendamiento es ineludible y se ajusta a la definición de pasivo contable. Solo los capitales de las cuotas contingentes son estocásticos, aleatorios, de cuantía indeterminada, no obstante, su fecha de vencimiento o disponibilidad es cierta, sin duda, pactada en las cláusulas financieras.

Sin embargo, se piensa que la valoración de las cuotas contingentes depende de la naturaleza, riesgos y oportunidades de los acontecimientos económicos y fluctuaciones de los índices de referencia a los que se vincula. Aceptamos el siguiente criterio:

- a) Cuotas contingentes que se actualizan según los rendimientos que obtiene el arrendatario, o que penalizan la sobreexplotación del activo subyacente arrendado que causa un agotamiento prematuro de la vida económica, como indemnización al arrendador. Se excluyen de la obligación de pago del contrato de arrendamiento. El arrendatario las reconoce como un gasto justificado y necesario en el ejercicio en que se devengan.

- b) Cuando las cuotas contingentes se gradúan por las fluctuaciones de un índice o ratio de referencia (tanto de interés euribor, índice de precios al consumo, etc.) entonces se reconocen y valoran dentro la obligación de pago del contrato de arrendamiento, con el dato disponible más reciente.

Este criterio doctrinal se expone en NIC 17 y FASB 13. Razonamos que cuando las cuotas contingentes se modifican por el uso, rendimiento o rentabilidad, cualquier incremento en la obligación de pago del contrato de arrendamiento está justificado por un beneficio extraordinario en la actividad comercial del arrendatario.

Este beneficio suplementario no necesariamente se obtiene cuando las cuotas contingentes se vinculan a un índice de referencia. En consecuencia, la circunstancia económica que determina la cuota contingente es esencial y proporciona a los destinatarios de los estados financieros la información más relevante [IASB & FASB, 2009, págs. 72-73, pfs. 7.11-7.12].

Reconocer las cuotas contingentes en la obligación de pago tiene las siguientes ventajas:

1. Es coherente con la teoría expuesta para el *Reconocimiento y valoración de la prórroga de vencimiento y cancelación anticipada del contrato de arrendamiento*, según preceptos del epígrafe *Modificación del plazo de arrendamiento*. La obligación de pago de las cuotas de arrendamiento de un plazo suplementario de una prórroga de vencimiento depende de un resultado impredecible, probable y arbitrario, con total certeza, esto es, que el arrendatario ejerce dicha opción. Sin embargo, se acepta que la obligación de pago del contrato de arrendamiento debe incluir las cuotas de arrendamiento de una o varias prórrogas de vencimiento.
2. No se subestiman activos materiales. Se piensa que reconocer las cuotas contingentes en la obligación de pago, antes del suceso fortuito que causa la propia cuota contingente es sobrevalorar la obligación de pago. Considere un contrato en el que todas las cuotas de arrendamiento son cuotas contingentes sobre las ventas de productos terminados que se fabrican con el activo subyacente arrendado. En este caso, el arrendatario reconoce un activo contable que representa la cesión del derecho de uso. Si excluye las cuotas contingentes de la obligación de pago infravalora el derecho de uso del activo subyacente arrendado.
3. Simplifica la comparación de los estados financieros de diferentes empresas porque es consistente con los principios contables que se aplican a las adquisiciones de activos materiales (NIC 16, NIC 38 y FASB 142). Por ejemplo, una empresa financia la adquisición de una nueva línea de producción con los ingresos complementarios derivados de su producción propia y específica. Esta es la descripción inédita del caso, incluso aunque ese pasivo contable esté formado por cuotas contingentes sobre futuras ventas.

7.3. Valoración inicial de las cuotas contingentes

Estudiamos dos sistemas de valoración inicial de la obligación de pago del arrendatario cuando incluye las cuotas contingentes: a) Asignar probabilidades a las diferentes estimaciones de la obligación de pago; b) Reconocer la obligación de pago preferida.

7.3.1. *Asignar probabilidades a las estimaciones de la obligación de pago*

Este método permite evaluar un perímetro de resultados potenciales según su probabilidad relativa. El ejemplo que se adjunta analiza cómo se implementa esta técnica.

EJEMPLO 6:

Valoración de la obligación de pago con una probabilidad ponderada

Se considera un arrendamiento por un plazo no revocable de 5 años. El arrendatario no tiene una opción de prórroga de vencimiento; las cuotas de arrendamiento se fijan en 100 euros anuales. Además, el arrendatario queda obligado a desembolsar liquidaciones del 1 por 100 sobre la cifra de ventas. El proyecto de viabilidad del arrendatario proporciona las previsiones de ventas junto con la probabilidad de cada resultado. Las cifras que se indican son constantes vencidas y brutas acumuladas en el plazo no revocable.

Años de evaluación, 1 a 5	Caso 1	Caso 2	Caso 3
Cifra de ventas (euros)	10.000	20.000	35.000
Probabilidad de realización de la cifra de ventas	10%	60%	30%
Cuotas fijas de arrendamiento (euros)	500	500	500
Cuotas contingentes, 1% de la cifra de ventas (euros)	100	200	350
Suma total de la obligación de pago del arrendatario (euros)	600	700	850

Con el sistema de estimación de una probabilidad ponderada de la obligación de pago (se ignora y omite el descuento financiero de capitales), el arrendatario reconoce y valora la obligación de pago del contrato de arrendamiento en 735 euros, con el cálculo:

$$(600 \text{ €} \times 10\%) + (700 \text{ €} \times 60\%) + (850 \text{ €} \times 30\%) = 735 \text{ €}$$

Ventajas de este sistema de valoración de la obligación de pago del arrendamiento:

- a) Cuando se combina con la «Asignación de probabilidades a los distintos plazos opcionales alternativos», proporciona a los destinatarios de los estados financieros la información más relevante porque muestra la situación económica real de la empresa. Este método refleja que el arrendatario suscribió un contrato de arrendamiento en el que la obligación de pago es incierta, pues desconoce el importe exacto de las cuotas contingentes.
- b) La valoración de la obligación de pago del contrato de arrendamiento de hecho evidencia que la distribución de probabilidad puede estar distorsionada (sesgada). Por ejemplo, el sistema podría contabilizar:
 - 1. Cuotas contingentes de cuantía asimétrica (alta o baja) que tienen una probabilidad casi nula de suceder y, por tanto, de liquidarse.
 - 2. Cuotas contingentes con capitales aleatorios con cuantías más o menos ciertas, pero que no tienen la probabilidad de observación más alta. Por ejemplo, un

.../...

.../...

arrendatario puede tener una probabilidad del 55 por 100 de liquidar 100 euros frente a una probabilidad del 45 por 100 de desembolsar 200 euros. Un sistema de probabilidades ponderadas se aproxima y revela la probabilidad de la cuantía más alta en el reconocimiento y valoración de la obligación de pago. El sistema de la obligación de pago más probable no se comporta igual.

- c) Es coherente con la valoración de los pasivos financieros de NIC 37.

Inconvenientes de este sistema:

1. La aplicación práctica puede entrañar dificultad, en concreto en la medida en que aumenta el número de casos factibles a valorar. La razón es que se deben evaluar todas las opciones posibles y cuantificar su probabilidad de suceso en la valoración de la obligación de pago del contrato de arrendamiento.
2. Puede ser inviable o ambiguo para el arrendatario concretar para cada resultado posible una probabilidad de ocurrencia. En consecuencia, la valoración de la obligación de pago no puede ser más fiable que la de otros sistemas menos problemáticos.
3. En casos extremos, podría resultar una valoración que no se corresponde con ninguna de las opciones factibles que se estipulan en las cláusulas financieras. Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento se pacta que el arrendatario debe liquidar en el caso 1, 600 euros anuales, y 400 euros con la alternativa 2. Ambas opciones tienen la misma probabilidad de ser observadas. Resulta incongruente que el arrendatario reconozca y valore la obligación de pago por 500 euros anuales, solución impropia, no recogida en las cláusulas contractuales.

$$(600 \text{ €} \times 50\%) + (400 \text{ €} \times 50\%) = 500 \text{ €}$$

IASB propone este sistema, defiende que si la obligación de pago contiene capitales inciertos, cuando se valora con una técnica basada en los resultados esperados, proporciona la información más fiable a los destinatarios de los estados financieros [IASB & FASB, 2009, pág. 75, pfo. 7.20].

7.3.2. Reconocer la obligación de pago preferida

Este método impone al arrendatario resolver el contrato para determinar la obligación de pago más probable. No obstante, en la mayoría de los casos no es indispensable graduar probabilidades para asignarlas formalmente a cada uno de los resultados potenciales alternativos, basta con que el arrendatario haga una evaluación para seleccionar cuál es la opción con probabilidad más alta del panorama de casos plausibles. En el ejemplo 6, la obligación de pago más probable, con probabilidad más alta, es 700 euros, caso 2. Puntos a favor de este método:

- a) Es más fácil de implementar que el cálculo de *Asignar probabilidades a las diferentes estimaciones de la obligación de pago*, porque no es absolutamente imprescindible cuantificar probabilidades para todos y cada uno de los resultados posibles.
- b) Nunca se obtendrá una solución impropia, esto es, un resultado que no conste dentro del perímetro de casos potenciales.

Deficiencias de este método:

- a) La valoración de la obligación de pago no evidencia que el arrendatario haya pactado de hecho una obligación de pago con capitales aleatorios, bien en su cuantía (cuotas contingentes) bien en su instante de disponibilidad o vencimiento (cuotas de arrendamiento de la prórroga de vencimiento). La existencia de capitales aleatorios no es coherente con el reconocimiento de la obligación de pago más probable. Las cuotas contingentes son capitales de cuantía incierta con vencimientos definidos, que afloran según los resultados observados del indicador de referencia. No obstante, la prórroga de vencimiento supone reconocer en la obligación de pago cuotas de arrendamiento imprevistas de un plazo revocable complementario al plazo contractual de salida irrevocable.
- b) Ignora una distribución asimétrica de probabilidades. Es decir, por ejemplo, casos contrapuestos con idéntica probabilidad de ocurrencia, que determinan una solución impropia, no pactada en las condiciones financieras.

7.3.3. Conclusiones preliminares

Elegimos la técnica de *Reconocer la obligación de pago preferida* por el arrendatario. En la mayoría de los casos no es indispensable graduar probabilidades para asignarlas formalmente a cada uno de los resultados potenciales alternativos. Basta que el arrendatario haga una evaluación para seleccionar cuál es la opción con probabilidad más alta del panorama de casos plausibles. Este modelo está respaldado por FASB [IASB & FASB, 2009, pág. 75, pfo. 7.21].

7.4. Valoración posterior de las cuotas contingentes

La valoración posterior proporciona siempre la información más relevante a los destinatarios de los estados financieros, porque evidencia una posición económica más reciente de la empresa. Según prescriben las normas NIC 32, NIC 39, FASB 133 y FASB 159, cuando la valoración posterior de los pasivos financieros se calcula al coste amortizado se reconocen las expectativas de cambio en la obligación de pago.

Es coherente con el criterio de *Reconocer el plazo de arrendamiento preferido* en la valoración posterior de la obligación de pago por nueva estimación del plazo de arrendamiento en cada fecha de depósito de las cuentas anuales y a consecuencia de hechos insólitos con trascendencia económica que modifiquen las preferencias del arrendatario sobre las opciones de las cláusulas financieras contractuales.

7.4.1. Conclusiones preliminares

Defendemos que la valoración posterior proporciona siempre la información más relevante a los destinatarios de los estados financieros. En consecuencia, se requiere una valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario en respuesta a modificaciones en la estimación de los importes de las cuotas contingentes [IASB & FASB, 2009, pág. 76, pfo. 7.25].

7.5. Contrapartida de las correcciones en la obligación de pago

Habiendo decidido una valoración posterior de la obligación de pago por cambios en las estimaciones de las cuotas contingentes se examina cómo ajustar la obligación de pago. Se estudian dos propuestas alternativas:

- a) Reconocer cualquier corrección en la obligación de pago como un beneficio o pérdida en las cuentas de resultados. Criterio que recogen las normas NIC 17 y FASB 13, que ahora defiende FASB.
- b) Reconocer cualquier corrección en la obligación de pago como un ajuste del valor contable en libros del derecho de uso del activo subyacente arrendado. Criterio defendido por IASB y que se propone para la nueva norma de contabilidad de los arrendamientos.

En los contratos de arrendamiento existe un vínculo entre el derecho de uso del activo subyacente arrendado y la obligación de pago. Si se tiene la expectativa de un incremento en las cuotas contingentes, la obligación de pago variará en el mismo sentido y se puede defender que entonces existe un aumento recíproco en el derecho de uso del activo subyacente arrendado. Por ejemplo, si la obligación de pago del contrato de arrendamiento se incrementa por la posibilidad de ejercitar la cláusula de prórroga de vencimiento, se puede argumentar que el arrendatario tiene la expectativa de alargar el plazo de utilización del activo subyacente. Entonces esta razón justifica un aumento del valor del derecho de uso del activo subyacente arrendado.

Al mismo tiempo, una corrección en la obligación de pago se puede interpretar como una modificación en el coste inicial del derecho de uso del activo material arrendado. Esto es coherente con las normas de valoración de los pasivos contables en las disoluciones y liquidaciones de sociedades recogidas en CINIIF 1 y Declaración FASB 143 de costes de desmantelamiento en las que el valor contable del activo material reconocido se ajusta por cambios en los pasivos financieros [IASB & FASB, 2009, pág. 77, pfo. 7.31-7.32].

7.6. Reconocimiento del valor residual garantizado

En ocasiones los contratos de arrendamiento incluyen un valor residual garantizado. Se trata de una cláusula de garantía de indemnización, cuando expira el contrato, que salvaguarda las expectativas de contraprestación del arrendador (de recuperación de capitales invertidos).

El valor residual garantizado neto es la diferencia entre el valor residual estimado, pactado en las condiciones financieras y el valor razonable del activo subyacente arrendado que se observa en el mercado al término del plazo contractual. El valor residual garantizado neto es el importe que debe indemnizar y liquidar el arrendatario.

El valor residual garantizado es una cláusula discrecional que se puede incluir o no en las condiciones financieras según la voluntad de las partes. Razón por la que se opina que el valor residual garantizado se debe aislar y excluir del contrato de arrendamiento y contabilizar como un gasto del ejercicio en que se devenga.

En virtud de las normas NIC 17 y FASB 13 el máximo capital final a liquidar en concepto de valor residual garantizado ya está incluido en el valor actual de los pagos mínimos por arrendamiento negociado y pactado en las cláusulas de opciones financieras. En consecuencia, cuando el arrendatario califica el contrato como un arrendamiento financiero, la valoración inicial de su obligación de pago contiene el valor descontado del importe máximo del valor residual garantizado.

En las normas US GAAP, según FASB 45, «Contabilidad de las garantías e información a revelar sobre las garantías, incluyendo garantías indirectas de endeudamiento y otras» [FIN 45, *Guarantor's Accounting and Disclosure Requirements for Guarantees, Including Indirect Guarantees of Indebtedness of Others*], un valor residual garantizado se excluye del campo de aplicación cuando se clasifica como arrendamiento financiero porque el arrendatario siempre reconoce el importe máximo del valor residual garantizado según la norma FASB 13.

El valor residual garantizado se ajusta a la definición de derivado según la norma FASB 133, no obstante, el valor residual garantizado de los contratos de arrendamiento se excluye de su campo de aplicación.

Bajo el marco de aplicación de las IFRS cuando un valor residual garantizado figura en las cláusulas de opciones financieras de un contrato de arrendamiento habitualmente se contabiliza dando preferencia a NIC 17 sobre NIC 39 y NIIF 4, «Contratos de seguro» [IFRS 4, *Insurance Contracts*].

7.6.1. Conclusiones preliminares

Como se expone el epígrafe *Contabilidad de los contratos complejos de arrendamiento*, se desestima el modelo de *Elementos separables diferenciados* y en su lugar se adopta la teoría de *Reconocimiento y valoración de un único activo y pasivo contable*. En consecuencia, aunque un valor residual garantizado es consistente con la definición de pasivo contable, se propone no reconocerlo como elemento separable diferenciado de la obligación de pago del arrendamiento.

En coherencia con las cuotas contingentes de alquiler, el valor residual garantizado tiene trascendencia económica y condiciona las decisiones que la empresa se cuestiona en el horizonte del plazo de arrendamiento, puesto que, cuando se verifica el suceso que desencadena la liquidación del valor residual garantizado, su obligación de pago es incondicional. Razón por la que se debe incluir en la obligación de pago del arrendatario. El valor residual garantizado está vinculado al valor del activo subyacente arrendado más que al propio derecho de uso.

7.7. Valoración inicial del valor residual garantizado

Analizamos tres sistemas de valoración de la obligación de pago del arrendatario cuando incluye el valor residual garantizado.

- a) Asignar probabilidades a las diferentes estimaciones de la obligación de pago.
- b) Reconocer la obligación de pago preferida.
- c) Reconocer el capital máximo a liquidar por el valor residual garantizado.

Los dos primeros sistemas de valoración son los métodos propuestos para el reconocimiento y valoración de las cuotas contingentes. IASB propone la técnica de *Asignar probabilidades a las diferentes estimaciones de la obligación de pago* que incluye el valor residual garantizado. FASB prefiere adoptar la técnica de *Reconocer la obligación de pago preferida* que contiene el valor residual garantizado.

El último sistema de valoración, *Reconocer el capital máximo a liquidar por el valor residual garantizado*, es coherente con las normas contables actualmente en vigor NIC 17 y FASB 13.

IASB defiende que no incluir el capital máximo a liquidar por el valor residual garantizado en la obligación de pago supone que tanto el activo subyacente como la propia obligación de pago se reconocen por un valor inferior al que proponen las normas contables vigentes de los arrendamientos. Por ejemplo, un arrendamiento que al término del contrato incluye una cláusula de liquidación del valor residual garantizado para todas las estimaciones posibles se califica como un arrendamiento financiero, según las normas contables NIC 17 y FASB 13.

7.7.1. Conclusiones preliminares

Acordamos que la valoración de la obligación de pago del arrendatario cuando incluye un valor residual garantizado debe ser coherente con la valoración de la obligación de pago que incluye las cuotas contingentes. Se especifica que las cuotas contingentes y el valor residual garantizado de la obligación de pago cuando se valoran con la misma técnica se simplifica el cálculo financiero y resulta más fácil de comprender e implementar.

Reconocemos el valor residual garantizado únicamente cuando la liquidación de esta garantía sea probable. Defendemos esta postura doctrinal porque el valor residual garantizado está vinculado más bien al valor del activo subyacente arrendado que al propio derecho de uso [IASB & FASB, 2009, pág. 79, pfs. 7.38-7.41].

Valoramos con la técnica de *Reconocer la obligación de pago preferida* que contiene el valor residual garantizado. El arrendatario debe resolver el contrato escogiendo entre las opciones que ofertan las cláusulas financieras para determinar la obligación de pago más probable dentro del rango de resultados factibles [IASB & FASB, 2009, pág. 80, pfo. 7.46].

7.8. Valoración posterior del valor residual garantizado

En la línea de coherencia establecida con las cuotas contingentes:

- a) Se pacta imponer una valoración posterior de la obligación de pago por cambios en las estimaciones del valor residual garantizado.
- b) FASB considera que las correcciones en la valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario a consecuencia de cambios en la estimación del valor residual garantizado se deben reconocer como un beneficio o pérdida en la cuenta de resultados. Considera que estas correcciones no tienen repercusión alguna sobre la valoración del derecho de uso del activo subyacente arrendado.
- c) IASB argumenta que las correcciones en la valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario en respuesta a estimaciones más recientes del valor residual garantizado se deben reconocer como un ajuste directo en el valor contable del derecho de uso del activo subyacente arrendado. Se justifica que las correcciones representan un ajuste en la valoración inicial del coste del derecho de uso del activo arrendado [IASB & FASB, 2009, págs. 80-81, pfo. 7.48].

8. CONCLUSIONES FINALES: IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA

8.1. Criterios contables propuestos para la nueva NIC de los Arrendamientos

Se aplica el modelo contable de *Cesión de un derecho de uso* de un activo subyacente durante el plazo de arrendamiento estipulado en las condiciones financieras; el arrendatario reconoce y valora:

- a) Un activo contable que representa la cesión del derecho de uso (*the right-of-use asset*) de un activo subyacente arrendado durante el plazo contractual de arrendamiento, porque puede utilizarlo para obtener flujos de ingresos o reducir flujos de gastos.
- b) Un pasivo contable por la responsabilidad de liquidar la obligación de pago (*the obligation to pay rentals arising in a lease*), que deriva de un acuerdo económico pasado: arras de la formalización del contrato de arrendamiento y cesión del activo subyacente por el arrendador.

8.2. Modelo de cesión del derecho de uso en un contrato simple de arrendamiento

1. La valoración inicial de la obligación de pago del arrendatario es al valor razonable, que se identifica con el valor actual al inicio del arrendamiento de los pagos por arrendamiento prospectivos descontados con el tanto de interés incremental de endeudamiento del arren-

datario. Cuando no se pueda determinar el tanto de interés incremental de endeudamiento se utiliza la tasa de interés implícita del contrato de arrendamiento.

2. La valoración posterior de la obligación de pago del arrendatario es al coste amortizado.

Las cuotas de arrendamiento se calculan con la suma algebraica de una cuota de interés (la carga financiera por aplazar los capitales adeudados de la obligación de pago) y una cuota de amortización (destinada a restituir una fracción de la obligación de pago del arrendamiento).

3. La valoración inicial del derecho de uso del activo subyacente arrendado es al precio de coste, que se equipara al valor razonable de la obligación de pago del arrendamiento. En un contrato de arrendamiento existe una interrelación y vínculo entre la obligación de pago y la cesión del derecho de uso del activo subyacente arrendado. Ambas surgen del mismo contrato de arrendamiento y no coexisten de forma independiente y autónoma. En la valoración inicial se reconoce este nexo de unión e interdependencia.

4. La valoración posterior del derecho de uso es al precio de coste amortizado. El arrendatario aplicará un criterio de amortización contable que se basa en el patrón de consumo de los beneficios económicos incorporados en el derecho de uso del activo subyacente arrendado.

5. Periódicamente y al menos en cada fecha de depósito de las cuentas anuales se examina y si existe se reconoce el deterioro de valor del activo que subyace en la cesión del derecho de uso.

6. En la valoración posterior no se reconoce la hipótesis de vinculación, entre el derecho de uso y la obligación de pago. El nexo de unión en la valoración inicial entre el derecho de uso y la obligación de pago del arrendamiento, conforme se agota el plazo contractual, puede degenerar y no ser concluyente ni absoluto.

Modelo de cesión del derecho de uso en un contrato complejo de arrendamiento:

1. Se denominan contratos complejos de arrendamiento a los que contienen de forma habitual múltiples cláusulas de opciones financieras. Se propone el modelo contable de no identificar las cláusulas financieras como elementos separables diferenciados. Se reconoce la cesión de un único derecho de uso del activo subyacente arrendado y una única obligación de pago del arrendamiento. El arrendatario, al inicio del arrendamiento, cuando formaliza la operación, debe resolver el contrato: definir el plazo de arrendamiento y, según sus expectativas y preferencias, escoger las cláusulas de opciones financieras más probables para reconocer y valorar los capitales de la obligación de pago inicial, de salida del contrato.

2. Cuando se observan acontecimientos o circunstancias inéditas con trascendencia económica que rectifican las preferencias del arrendatario, no es necesario en cada fecha de depósito de las cuentas anuales, se requiere una nueva evaluación de las condiciones financieras para determinar el plazo de arrendamiento prospectivo y la obligación de pago del contrato de arrendamiento con mayor probabilidad de ocurrencia.

3. La prórroga de vencimiento, opción de compra, cuotas contingentes y valor residual garantizado se incluyen en la obligación de pago del arrendamiento cuando se hayan pactado en las cláusulas financieras y se puedan valorar con fiabilidad.
4. Se reconoce y valora la opción de compra en la obligación de pago del arrendamiento cuando el arrendatario tenga la certeza de preferir ejercitarla en la fecha de vencimiento. Consideraciones:
 - a) La opción de compra y el valor residual garantizado son cláusulas financieras sustitutivas y en la obligación de pago del arrendamiento de forma excluyente solo se registra una.
 - b) Si la adquisición de la propiedad cuando se ejercita la opción de compra es el resultado más probable, el derecho de uso se amortiza a lo largo de la vida económica del activo subyacente arrendado.
 - c) Si se prefiere devolver el activo subyacente cuando finaliza el contrato, el derecho de uso se amortiza durante el plazo de arrendamiento.
5. Las cuotas contingentes son capitales financieros con importes que se pueden estimar con fiabilidad y con fechas pactadas de vencimiento o disponibilidad cierta. La valoración de las cuotas contingentes depende de la naturaleza, riesgos y oportunidades de los acontecimientos económicos y fluctuaciones de los índices de referencia a los que se vincula, razón por la que se propone que:
 - a) Cuando las cuotas contingentes se establecen como indemnización por el uso excesivo que ocasiona un agotamiento prematuro de la vida económica, o sobre los rendimientos o la rentabilidad que genera el activo subyacente arrendado, entonces se excluyen de los pagos mínimos por arrendamiento y se reconocen como un gasto justificado y necesario en el ejercicio económico en que se devengan.
 - b) Cuando las cuotas contingentes se actualizan por las fluctuaciones de un índice de referencia o un ratio de mercado, se reconocen y valoran dentro la obligación de pago del arrendamiento, siempre que se hayan pactado en las cláusulas financieras y se puedan valorar con fiabilidad. En la valoración inicial se toma como referencia el índice o ratio que en ese instante esté en vigor.
6. Cuando el arrendatario rectifica sus preferencias sobre las opciones discrecionales de elección factibles que se recogen en las cláusulas de condiciones financieras, en relación con la elección reconocida en una valoración anterior, la valoración posterior de la obligación de pago incorpora una nueva estimación del plazo de arrendamiento y/o la actualización de los capitales financieros prospectivos.

Esta técnica consiste en incorporar, modificar o dar de baja capitales pendientes de vencimiento de la obligación de pago del arrendamiento, para ajustarla a las preferencias más recientes del arrendatario. Se implementa un sistema de amortización financiera que se basa en el método de actualización (*Catch-up Approach*). Los nuevos capitales financieros se descuentan con el tanto efectivo

de interés de salida del contrato, el tanto incremental de endeudamiento del arrendatario o, en su defecto, la tasa implícita del arrendamiento.

Con la obligación de pago corregida se actualizan los registros contables del arrendamiento. La valoración posterior de la obligación de pago de un contrato de arrendamiento no se corrige por variaciones del tanto de interés incremental de endeudamiento del arrendatario. La valoración posterior de la obligación de pago por nueva estimación del plazo de arrendamiento es el valor actual en el instante de reconocimiento de:

- a) Las cuotas de arrendamiento de las prórrogas de vencimiento, para actualizar por la entrada o salida los capitales de la obligación de pago prospectiva.
- b) La opción de compra o el valor residual garantizado neto según las expectativas de nueva previsión del arrendatario, puesto que son cláusulas financieras sustitutivas.
- c) Las cuotas contingentes de alquiler y el valor residual garantizado que se basan en un índice o tasa de interés de referencia se valoran con las estimaciones o datos disponibles más recientes. La tasa de descuento del arrendatario no se corrige por cambios en la valoración posterior por nueva estimación de las cuotas contingentes y valor residual garantizado, con la excepción expresa de que se haya pactado en las cláusulas financieras un interés de referencia para actualizar las cuotas contingentes y el valor residual idéntico a la tasa de descuento del arrendatario. Las actualizaciones de los importes de las cuotas contingentes de alquiler retrospectivas se reconocen en la cuenta de resultados como beneficio o pérdida.
- d) Para actualizar los capitales de la obligación de pago del arrendamiento, especialmente cuando al inicio del contrato de arrendamiento se pactan cuotas de arrendamiento variables. Por razón idéntica, para actualizar el importe de la opción de compra o el valor residual garantizado neto.
- e) Por la novación del contrato de arrendamiento, con la incorporación de nuevas cláusulas financieras o para sustituir el activo subyacente arrendado por otro con tecnología más moderna o mayor rendimiento económico y con menor impacto medioambiental.

Cualquier modificación en la valoración posterior de la obligación de pago (por cambios en las preferencias del arrendatario sobre las opciones de las cláusulas financieras y por la actualización de capitales) se registra en contabilidad como un ajuste en la valoración posterior del derecho de uso del activo subyacente arrendado.

IASB y FASB en su documento de trabajo «Arrendamientos, Conclusiones Preliminares» [2009, *Discussion Paper Leases, Preliminary Views*, DP/2009/1] abordan otras cuestiones igualmente importantes que este artículo no incluye por exceder de la extensión máxima que fijan las bases del concurso y que, por tanto, se aplazan hasta una publicación posterior. Estas cuestiones son: presentación en las cuentas anuales; operaciones de compraventa y arrendamiento financiero posterior; instante para el reconocimiento inicial; costes iniciales directos; arrendamientos con prestaciones de servicios; información a revelar; contratos de subarrendamiento; periodo de transición y el modelo contable de cesión del derecho de uso para el arrendador.

Este último modelo introduce dos criterios contables inéditos: *baja parcial en cuentas* y la *obligación de rendimiento*. Además se revocan los criterios contables de *baja total en cuentas* y de *reconocimiento de los ingresos* que proponen las normas NIC 17 y FASB 13.

Bibliografía

- FASB [2009]: Board Meeting, May 18: Lessor Accounting-Right-of Use Model. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_c&pagename=FASB%2Fdocument_c%2FDocumentPage&cid=117615622249 [Consultado 28 Jul. 2009].
- FASB [2009]: Board Meeting, June 17: Sale and Leaseback Transactions, Impairment of the Right-of-use Asset, Revaluation of the Right-of-use Asset, Initial Direct Costs, Transition. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_c&pagename=FASB%2Fdocument_c%2FDocumentPage&cid=1176156356744 [Consultado 28 Jul. 2009].
- FASB [2009]: Joint Board-Meeting, July 23: Leases-Lessor Accounting. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_c&pagename=FASB%2Fdocument_c%2FDocumentPage&cid=1176156452692 [Consultado 11 Nov. 2009].
- FASB [2009]: FASB Board-Meeting, September 16: Leases-Comment Letters. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_c&pagename=FASB%2Fdocument_c%2FDocumentPage&cid=1176156531566 [Consultado 11 Nov. 2009].
- FASB [2009]: FASB Joint Board-Meeting, Oct. 28: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_c&pagename=FASB%2FDocument_c%2FDocumentPage&cid=1176156553619 [Consultado 1 Jun. 2010].
- FASB [2009]: FASB Joint Board-Meeting, Nov. 18: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_c&pagename=FASB%2FDocument_c%2FDocumentPage&cid=1176156560969 [Consultado 2 Jun. 2010].
- FASB [2009]: FASB Joint Board-Meeting, Dec. 29: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156592751 [Consultado 2 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, Jan. 5: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156624860 [Consultado 3 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, Jan. 20: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156624889 [Consultado 3 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, Febr. 2: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156639014 [Consultado 8 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, Febr. 17: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156656604 [Consultado 8 Jun. 2010].

- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, Febr. 18: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156657064 [Consultado 24 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, March 17: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156815845 [Consultado 28 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, March 22: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156818217 [Consultado 28 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, March 23: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156818188 [Consultado 28 Jun. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, April 21: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156821157 [Consultado 12 Jul. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, April 22: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156821186 [Consultado 12 Jul. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, May 18: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156924041 [Consultado 14 Jul. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, May 19: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176156924070 [Consultado 14 Jul. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, June 9: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176157105220 [Consultado 16 Jul. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, June 16: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176157105308 [Consultado 16 Jul. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, June 17: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176157105337 [Consultado 16 Jul. 2010].
- FASB [2010]: FASB Joint Board-Meeting, June 23: Leases. Disponible en: http://www.fasb.org/cs/ContentServer?c=Document_C&pagename=FASB%2FDocument_C%2FDocumentPage&cid=1176157105366 [Consultado 16 Jul. 2010].
- FASB [2009]: The FASB Accounting Standards CodificationTM for US GAAP. Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175819190430&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [2003]: EITF Issue 01-8 «Determining Whether an Arrangement Contains a Lease». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818769593&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [1985]: FASB's Concepts Statement 6 «Elements of Financial Statements», CON 6. Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818750613&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].

- FASB [1971]: APB Opinion 21 «Interest on Receivable and Payables». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175819671899&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [2003]: FIN 45, «Guarantor's Accounting and Disclosure Requirements for Guarantees, Including Indirect Guarantees of Indebtedness of Others». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818762599&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [1975]: SFAS 5, «Accounting for Contingencies». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818750834&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [1976]: SFAS 13, «Accounting for Leases». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818812538&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [1987]: SFAS 95, «Statement of Cash Flows». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818826429&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [1998]: SFAS 133, «Accounting for Derivative Instruments and Hedging Activities». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818820403&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [2000]: SFAS 140, «Accounting for Transfers and Servicing of Financial Assets and Extinguishments of Liabilities». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818755372&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [2001]: SFAS 142, «Goodwill and Other Intangible Assets». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818762681&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [2001]: SFAS 143, «Accounting for Asset Retirement Obligations». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818762709&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [2001]: SFAS 144, «Accounting for the Impairment or Disposal of Long-lived Assets». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818812220&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- FASB [2007]: SFAS 159, «The Fair Value Option for Financial Assets and Financial Liabilities». Disponible en: <http://www.fasb.org/cs/BlobServer?blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&blobwhere=1175818812594&blobheader=application%2Fpdf> [Consultado 9 Sept. 2009].
- IASB [1992]: IAS 7, «Statement of Cash Flows». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/NormativaContabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [1998]: IAS 16, «Property, Plant and Equipment». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/NormativaContabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [1997]: IAS 17, «Leases». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/NormativaContabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [2000]: IAS 32, «Financial Instruments: Presentation». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/NormativaContabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [1998]: IAS 36, «Impairment of Assets». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/NormativaContabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].

- IASB [1998]: IAS 37, «Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [1998]: IAS 38, «Intangible Assets». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [2000]: IAS 39, «Financial Instruments: Recognition and Measurement». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [2000]: IAS 40, «Investment Property». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB, [2000]: IAS 41, «Agriculture». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [2004]: IFRIC 1, «Changes in Existing Decommissioning, Restoration and Similar Liabilities». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [2004]: IFRIC 4, «Determining Whether an Arrangement Contains a Lease». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [2006]: IFRS 4, «Insurance Contracts». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB [1997]: SIC 27, «Evaluating the Substance of Transactions Involving the Legal Form of a Lease». Disponible en: <http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Internacional/NormInterInfoFina.aspx> [Consultado 4 Sept. 2009].
- IASB & FASB [2009]: Discussion Paper Leases, Preliminary Views, DP/2009/1. Copyright 2009, IASCF. Disponible en: <http://www.iasb.org/NR/rdonlyres/FF3A33DB-E40D-4125-9ABD-9AF51EB92627/0/DPLeases-PreliminaryViews.pdf> [Consultado 31 Marz. 2009].
- IASB & FASB [2008]: Discussion Paper «Preliminary Views on Financial Statement Presentation», DP/2008/10. Copyright 2008, IASCF. Disponible en: <http://www.iasb.org/NR/rdonlyres/BDD7DFE3-59D4-478B-B3AD-F18B9924ECDA/0/EDAmtdmtstoIASI.pdf> [Consultado 3 May. 2009].
- IASB & FASB [2008]: Exposure Draft n° 1570-100, Conceptual Framework for Financial Reporting. Disponible en: http://www.fasb.org/ed_conceptual_framework_for_fin_reporting.pdf [Consultado 3 May. 2009].