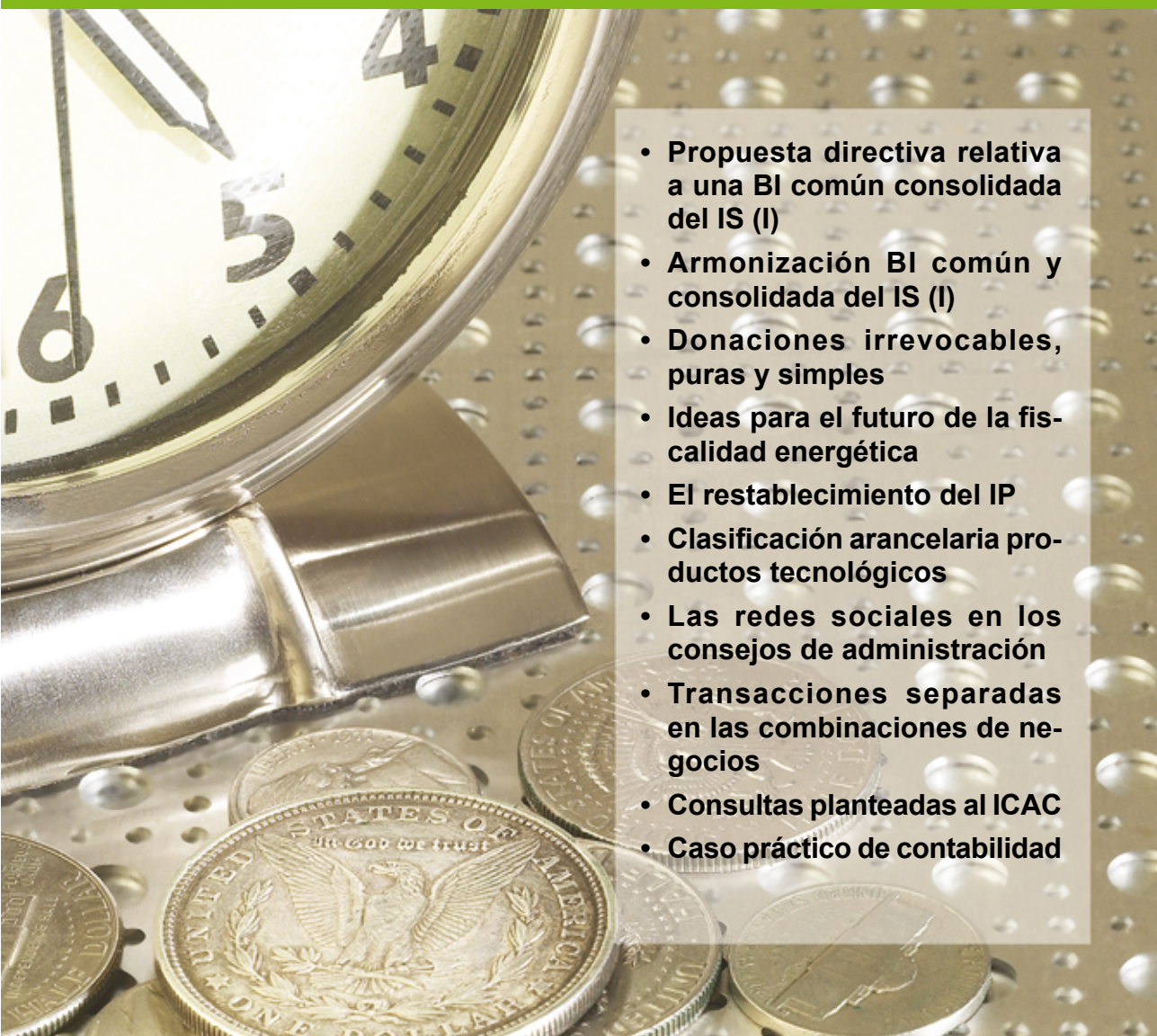




- Propuesta directiva relativa a una BI común consolidada del IS (I)
- Armonización BI común y consolidada del IS (I)
- Donaciones irrevocables, puras y simples
- Ideas para el futuro de la fiscalidad energética
- El restablecimiento del IP
- Clasificación arancelaria productos tecnológicos
- Las redes sociales en los consejos de administración
- Transacciones separadas en las combinaciones de negocios
- Consultas planteadas al ICAC
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

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

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

DICIEMBRE 2011 – NÚMERO 345

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

81/2011	Propuesta de directiva del Consejo, relativa a una base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades (sistema CCCTB) (I): el largo camino hacia una propuesta de directiva.	5
	<i>(Eduardo Sanz Gadea)</i>	
82/2011	Armonización de la base imponible común y consolidada del Impuesto sobre Sociedades (I): objeto, características, ámbito y principios de la propuesta de la Comisión.	33
	<i>(Juan López Rodríguez)</i>	
83/2011	La deducción de las donaciones irrevocables, puras y simples a las entidades no lucrativas.	71
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011 <i>(Isidoro Martín Dégano)</i>	
84/2011	Algunas reflexiones sobre fiscalidad de la energía y sostenibilidad.	111
	<i>(Alberto Cornejo Pérez)</i>	
85/2011	El restablecimiento del Impuesto sobre el Patrimonio.	133
	<i>(Carlos Javier Lacorte Sentenach)</i>	
86/2011	Problemática de la clasificación arancelaria de los productos tecnológicos. [Especial referencia al Dictamen de 16 de agosto de 2010 de la OMC relativo al ATI].	165
	<i>(Victor Martín Samaniego y David Pérez-Bustamante)</i>	

CONTABILIDAD

87/2011	Las redes sociales en los consejos de administración: evolución del caso español y comparación entre modelos de gobierno.	169
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2011 <i>(David Blanco Alcántara, Pablo de Andrés Alonso y Óscar López de Foronda)</i>	
88/2011	Las transacciones separadas en las combinaciones de negocios según el Real Decreto 1159/2010.	193
	<i>(Elena Merino Madrid, Montserrat Manzaneque Lizano y Regino Banegas Ochovo)</i>	
89/2011	Consultas planteadas al ICAC.	223
	<i>(Miguel Ángel Gálvez Linares y Ángel Montes Carrillo)</i>	
90/2011	Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado.	233
	<i>(Javier Romano Aparicio y Javier González Sainza)</i>	

Solo disponible en versión digital

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

SUMMARY

Page

TAXATION

81/2011	Proposal for a Council directive on a common consolidated Corporate Tax base (I): the long way towards the proposal directive. (Eduardo Sanz Gadea)	5
82/2011	Harmonization of the common consolidated tax base of the Corporate Tax: object, characteristics, scope and principles of the commission proposal. ... (Juan López Rodríguez)	33
83/2011	Tax credit for irrevocables and unconditionals donations for non profit organizations. ACCÉSIT PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2011 (Isidoro Martín Dégano)	71
84/2011	Certain issues about energy taxation and sustainability. (Alberto Cornejo Pérez)	111
85/2011	Re-establishment of the net worth tax. (Carlos Javier Lacorte Sentenach)	133
86/2011	Problems arising from the customs classification of technological devices. [Special reference to the Report of August 16, 010 issued by the OMC regarding the ATI]. (Víctor Martín Samaniego y David Pérez-Bustamante)	165

ACCOUNTING

87/2011	Board social networks: evolution of spanish case and comparison between governance models. ACCÉSIT PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2011 (David Blanco Alcántara, Pablo de Andrés Alonso y Óscar López de Foronda)	169
88/2011	Separate transactions on business combinations under the Royal Decree 1159/2010. (Elena Merino Madrid, Montserrat Manzaneque Lizano y Regino Banegas Ochovo)	193
89/2011	Questions formulated to ICAC. (Miguel Ángel Gálvez Linares y Ángel Montes Carrillo)	223
90/2011	Second exam of the selective examination for the admission to the Superior Body of the State Insurance Inspectors. (Javier Romano Aparicio y Javier González Sainza)	233

Available only in digital

PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL CONSEJO, RELATIVA A UNA BASE IMPONIBLE COMÚN CONSOLIDADA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (SISTEMA CCCTB) (I): EL LARGO CAMINO HACIA UNA PROPUESTA DE DIRECTIVA

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

LA propuesta del Consejo relativa a una base imponible consolidada común, o sistema CCCTB *, es un hito importante en la imposición de los beneficios en el contexto de la Unión Europea. Su contextura técnica, y sus implicaciones político-administrativas, auguran que la doctrina le dedicará generosa atención.

La propuesta de directiva es un acicate para debatir sobre las cuestiones que suscita la imposición sobre el beneficio de las empresas en el contexto de la globalización, pues, en definitiva, el sistema CCCTB pretende ser una respuesta a buena parte de esos problemas.

En este artículo se recuerdan los antecedentes del sistema CCCTB, se describen sus elementos y características esenciales, y se esbozan algunos criterios que podrían ayudar en el propósito de cristalizar una valoración de la propuesta de directiva que lo contiene.

Todo ello se hace desde el trasfondo de la realidad jurídica ya existente y que, eventualmente, será desplazada tras la aprobación de la propuesta de directiva, esto es, el Impuesto sobre Sociedades en vigor en España.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, base imponible común consolidada, CCCTB propuesta de directiva y Unión Europea.

* Las siglas responden a la expresión en lengua inglesa contenida en el Informe Bolkestein. En castellano las siglas son BICCS.

PROPOSAL FOR A COUNCIL DIRECTIVE ON A COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE (I): THE LONG WAY TOWARDS THE PROPOSAL DIRECTIVE

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Abstract:

THE Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base or CCCTB System is a cornerstone within the EU framework of income taxation. The CCCTB technical structure and its political and administrative consequences will bring undoubtedly the scholar's attention.

Such Proposal fosters the discussion on the Corporate taxable profits in a globalized world. The CCCTB System tries to become an answer for the raising problems derived from the globalization.

In this article, the author deals with the CCCTB background and the description of its basic characteristics and configuration; and, provides with some criteria in order to evaluate such Proposal for a CCCTB Directive. This exam is made taking into account the Spanish juridical reality and its Corporate Income Tax, which will be out of place after the Directive's approval.

Keywords: Corporate Income Tax, Common Consolidated Tax Base, CCCTB Proposal Directive and European Union.

Sumario

1. Introducción.
 - 1.1. Aspectos generales.
 - 1.2. El interés europeo.
2. Antecedentes del sistema CCCTB.
 - 2.1. El pensamiento fiscal subyacente.
 - 2.2. Aspectos básicos del Informe Bolkestein.
 - 2.3. Los sistemas globales de tributación sobre los beneficios.
 - 2.4. Reacciones técnicas y políticas al Informe Bolkestein.
 - 2.5. El proceso de elaboración de la propuesta de directiva.
3. Líneas maestras del proyecto relativo a una base imponible común consolidada.
 - 3.1. Elementos esenciales y características básicas del sistema CCCTB establecido en la propuesta de directiva.
 - 3.2. El papel nuclear de la consolidación.
 - 3.3. La convergencia por la competencia.
 - 3.4. La denominada ventanilla única.

NOTA: Fernando SERRANO ANTÓN ha tenido la amabilidad de leer el texto y formular valiosas sugerencias, que el autor agradece.

«... el mercado ha estimulado nuevas formas de competencia entre los Estados con el fin de atraer centros productivos de empresas extranjeras, adoptando diversas medidas, como una fiscalidad favorable y la falta de reglamentación del mundo del trabajo. Estos procesos han llevado a la reducción de la red de seguridad social a cambio de la búsqueda de mayores ventajas competitivas en el mercado global, con grave peligro para los derechos fundamentales del hombre y para la solidaridad en las tradicionales formas de Estado social...»

(BENEDICTO XVI, *Caritas in Veritate*, 25)

1. INTRODUCCIÓN

En marzo de 2011 la Comisión ha presentado la iniciativa mencionada en el encabezamiento ¹. Es tan novedosa que si, finalmente, se convierte en un acto legislativo comunitario, supondrá un punto y aparte en la historia de los Impuestos sobre Sociedades de los Estados miembros, y un paso muy largo en la historia del proceso de armonización de la imposición sobre los beneficios.

1.1. Aspectos generales

El sistema CCCTB, tal y como se contiene en la propuesta de directiva, consiste en la determinación de la base imponible referida al grupo de empresas europeo, y su posterior reparto entre las entidades que lo integran mediante la aplicación de una fórmula de reparto predeterminada. Los Estados miembros aplicarán su propio tipo de gravamen.

El sistema se presenta con carácter facultativo, y al mismo pueden acogerse no solo los grupos europeos sino también las sociedades individuales. Por tanto podrá coexistir con los impuestos sobre los beneficios actualmente existentes o que existan en el futuro.

El proyecto pone sobre la mesa el ya veterano tema de la relación entre el mercado interior y la imposición sobre los beneficios, así como un buen puñado de cuestiones de fiscalidad internacional que, a lo largo de los últimos años, han cobrado creciente actualidad debido a la acción de la OCDE, de la Comisión y del Tribunal de Justicia. En fin, se pone a sí mismo, en cuanto estructura fiscal novedosa y sumamente ambiciosa, y de ahí que constituya un excelente acicate para abrir un debate respecto de la tributación sobre los beneficios en el contexto de las economías abiertas y globalizadas.

El soporte intelectual del sistema CCCTB se halla en el informe denominado *Company taxation in the Single Market* ², o Informe Bolkestein en referencia al comisario del ramo en la época de su presentación.

El Informe Bolkestein describe, y somete a debate, cuatro estructuras fiscales para la coordinación o armonización de los impuestos sobre los beneficios de los Estados miembros, entre ellas el

¹ *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).*

² *Commission Staff Working Paper SEC (2001) 1681.*

sistema CCCTB. También indica, a modo de segundo objetivo, la conveniencia de abordar determinadas acciones puntuales o específicas en relación con los vigentes impuestos sobre los beneficios.

Esas cuatro estructuras incorporan criterios y elementos novedosos en relación con las propuestas armonizadoras que a lo largo de las cuatro últimas décadas se han producido. Se diría que, ante el escaso éxito de los intentos de armonización que toman como punto de partida la imagen de los impuestos existentes en los distintos Estados miembros, la Comisión ha lanzado un órdago basado en una estructura fiscal dotada de intensos tintes de originalidad.

Ciertamente, la originalidad del sistema CCCTB podría deslumbrar, pero no deberían perderse de vista tres aspectos que recortan su alcance, a saber, que no entra en la armonización del tipo de gravamen, que no pone en relación la imposición sobre los beneficios de las empresas con la imposición sobre la renta de las personas físicas y, en fin, que tiene su antecedente más cercano en la denominada imposición unitaria, aplicada por bastantes Estados de los Estados Unidos, cuya consistencia teórica no concita una aceptación generalizada ³.

La publicación del proyecto relativo al sistema CCCTB ha de renovar la atención de los expertos sobre esta materia fiscal, ya vertida generosamente al hilo de los trabajos iniciados en 2004 por un grupo de técnico de representantes de los Estados miembros bajo los auspicios de la Comisión. Una recopilación de esa doctrina puede hallarse en el libro que difundió las comunicaciones enviadas al congreso celebrado en Viena en la primavera de 2008 ⁴, donde la presencia de profesores españoles fue notable y destacada.

Una reflexión que no habrá de faltar deriva de la consideración de que la actual imposición sobre el beneficio de las empresas se relaciona intensamente con las normas contables y mercantiles nacionales, de manera tal que si el proyecto CCCTB desconoce esos vínculos difícilmente eludiría el reproche de artificialidad, tan presente en las reflexiones sobre la valoración de la construcción política europea ⁵, máxime cuando va dirigido a todas las empresas y no solo a los grupos europeos, por más que estos últimos sean sus destinatarios naturales.

Por ello, un capítulo importante del análisis de la propuesta de directiva será su congruencia con dichas normas.

La lectura del proyecto sugerirá que es posible mejorar su expresión técnica. Pero esto no es lo relevante. El texto de un proyecto legislativo puede ser perfeccionado, pero si sus objetivos no son los pertinentes, o sus principios estructurales no responden a esos objetivos, difícilmente una depuración técnica podrá hacerlo satisfactorio en orden a la consecución del interés europeo.

En este sentido, el proyecto de directiva servirá al interés europeo si, puesto en relación con la actual imposición sobre los beneficios, contribuye a los objetivos de la Unión Europea y, al tiempo, mejora los sistemas fiscales de los Estados miembros.

³ HELLERSTEIN, W.: *The European Commission's Report on Income Taxation: What the EU Can Learn from the Experience of the US States*.

⁴ LANG, PISTONE, SCHUCH, STARINGER: *Common Consolidated Corporate Tax Base*.

⁵ DE GAULLE, Charles: *Memorias de esperanza* (1958-1962), pág. 194 y ss., en donde se expresa el rechazo a una patria artificial engendrada en el cerebro de los tecnócratas, y el temor de MacMillan de que el mercado común reeditase el bloqueo continental al Reino Unido.

1.2. El interés europeo

El ambiente político comunitario actual, cargado de llamadas a la cooperación y coordinación fiscal y económica, aparenta ser propicio para que el proyecto para la implantación del sistema CCCTB prospere ⁶. De la importancia que la Unión Europea le confiere da cuenta la mención, ciertamente incidental pero no por ello menos notable, que al mismo se hace en el comunicado del Eurogrupo de 21 de julio de 2011 ⁷, emitido en plena crisis financiera y fiscal de algunos Estados miembros pertenecientes a la zona del euro. Se diría que el Eurogrupo parece querer vincular, seguramente de manera exagerada, aquel proyecto a la consolidación fiscal y al crecimiento en el área del euro, lo que resalta aún más su valor político.

En este sentido parece que el interés europeo del sistema CCCTB ha sido explicitado por el Eurogrupo.

No es fácil predecir el resultado final de la tramitación, que ahora comienza, del proyecto relativo al sistema CCCTB hacia su formulación normativa, y no tanto por su configuración técnica como por su carga política. Ahora bien, esa incertidumbre es, en cierto modo, consustancial con la Unión Europea en cuanto estructura política ⁸.

La pretensión de la Comisión, al parecer, es que la directiva se apruebe en 2013. No es probable que lo consiga, al menos si se persigue la unanimidad de los Estados miembros. Más asequible es la vía de la cooperación reforzada ⁹, pero, en tal caso, surgirá la duda respecto de la idoneidad de mantener en la Unión dos sistemas de imposición sobre los beneficios, a saber, el basado en el principio de empresa separada asistido por el principio de libre concurrencia o sistema OCDE, y el sistema CCCTB.

Véase que el proyecto de directiva ha recibido ya 13 votos en contra de los parlamentos nacionales en relación con su adecuación al principio de subsidiariedad ¹⁰, y que otros parlamentos nacionales han emitido opiniones razonadas en relación con dicho principio y el de proporcionalidad ¹¹. Los votos adversos no son suficientes para detener la tramitación del proyecto legislativo ¹², pero sí indican que la misma estará preñada de dificultades.

⁶ Véase la reconvención larvada a Irlanda contenida en el comunicado, y las declaraciones de la canciller Merkel en la cumbre hispano-alemana a comienzos de 2011.

⁷ Statement by the Heads of State or Government of the Euro Area and EU Institutions. *En este contexto se toma nota de la disposición de Irlanda para participar constructivamente en el debate sobre la base imponible común consolidada.* Debe recordarse, en este punto, la oposición frontal que, hasta el momento, había mostrado Irlanda en relación con la iniciativa de la Comisión, concretada, últimamente, en la resolución parlamentaria de 17 de mayo de 2011 negando que el proyecto fuera respetuoso con el principio de subsidiariedad.

⁸ GIDDENS, A.: *Europa en la era global*. En el Capítulo 7, el autor desarrolla ocho tesis sobre Europa. Tras poner de relieve que la caída del muro de Berlín y la unificación alemana constituyen una ruptura en la historia de Europa, enfatiza que las fuerzas que provocaron ese acontecimiento son las propias de la globalización, a las que la Unión Europea debe dar respuesta. Y, a tal efecto, Europa debe ser un proyecto de gran contenido político. Un experimento de gobierno, esto es, de poder, pero sin Estado. Su naturaleza responde a la de una asociación democrática de naciones, en la que el carácter deliberativo prima sobre cualquier otro, y que acepta y promueve los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y Estado de Derecho.

⁹ Artículo 20 del TUE y artículos 326-334 del TFUE.

¹⁰ Artículo 5.3 del TUE.

¹¹ MULLER, A.: «Aportación al debate sobre la base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades (BICIS). Las posturas de los Estados comunitarios frente a la propuesta de la Comisión» (*Crónica Tributaria*: Boletín de Actualidad 9/2011).

¹² Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Como ejemplo de oposición, técnica y política, más allá del examen de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, puede citarse al Reino Unido ¹³, de aceptación sin matices al Reino de España ¹⁴, y de indefinición cautelosa al Reino de Dinamarca ¹⁵. Naturalmente, la aceptación del Reino de España expresada en vía parlamentaria no excluye que España pueda aportar puntos de vista valiosos al debate técnico de la propuesta, aunque sí podrá condicionar el alcance de los mismos.

La clave de la evolución del proyecto en su tránsito hacia norma comunitaria ha de ser leída, esencialmente, en términos políticos, porque, a fin de cuentas, el origen de la Unión Europea, su nervio, es político, de manera tal que sus iniciales objetivos económicos, hoy ampliamente desbordados, ya estaban puestos al servicio de fines políticos ¹⁶. Y esos términos políticos pivotan sobre la idea del interés europeo. El sistema CCCTB tendrá oportunidad de prosperar si se advierte con nitidez que sirve al interés europeo.

Por tanto, la pregunta, hoy, es si la implantación del sistema CCCTB es buena para el interés europeo. A estos efectos podría ser útil acometer las siguientes tareas:

- Valorar su contribución a la consecución del mercado interior.
- Valorar su impacto político-administrativo.
- Valorar su adecuación a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.
- Valorar su contribución a los principios básicos de la imposición.
- Valorar su relación con el consenso OCDE en materia de relaciones fiscales internacionales.

¹³ *Draft Directive on a common consolidated corporate tax base (CCCTB)*; 5 de abril de 2011. La oposición política se concreta en la decisión del gobierno de coalición conservador-liberal de no transferir poderes a la Unión Europea, y en el deseo de conservar opciones de política fiscal. Oposición técnica que se manifiesta, entre otros, en los siguientes puntos:

- Dudas respecto de la reducción de costes de cumplimiento proclamada por la propuesta de directiva (7%).
- Dudas respecto de la distribución de la recaudación entre los Estados miembros contenida en el estudio de impacto de la Comisión.
- Complejidad derivada de la coexistencia del sistema CCCTB con los impuestos nacionales sobre los beneficios.
- Costes de coordinación con otras administraciones.
- Mayor eficiencia de los acuerdos informales o bilaterales para solucionar los problemas.

¹⁴ Informe 2/2011 de la Comisión Mixta para la Unión Europea sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICIS), BOCG de 17 de mayo de 2011, donde, tras exponer los objetivos y los elementos esenciales de la propuesta de directiva, se concluye que *la naturaleza de los problemas señalados exige un enfoque común y solo pueden resolverse mediante la adopción de legislación a escala de la Unión Europea puesto que revisten un carácter fundamentalmente transfronterizo...*

¹⁵ *Opinion as regards the Commission's proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base-COM* (2011)121, de 16 de mayo de 2011, donde se indica que, en el momento presente, no es posible efectuar una evaluación de la propuesta de directiva, mientras no se examine el texto con mayor detalle, se debata respecto del tipo de gravamen mínimo, y de los aspectos técnicos y de política coyuntural de las amortizaciones, entre otras materias.

¹⁶ Declaración de CHURCHIL, W. en Zurich, 1946: «Europa, cuna de la fe y de la ética cristiana y origen de casi todas las culturas, artes, filosofía, ciencias... si se uniera, compartiendo su herencia común, la felicidad, prosperidad y la gloria de la que disfrutarían sus tres o cuatrocientos millones de habitantes no tendría límite».

Declaración de Schuman de 9 de mayo de 1950: *La contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de las relaciones pacíficas... Europa no se construyó y hubo guerra... El Gobierno francés propone que se someta el conjunto de la producción franco-alemana del carbón y del acero a una alta autoridad común... esta propuesta sentará las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz... Las decisiones de la alta autoridad serán ejecutivas en Francia, en Alemania, y en los demás países adherentes.*

- Valorar su congruencia con las realidades jurídicas, básicamente mercantiles y contables, nacionales.
- Valorar su armonía con los sistemas de imposición sobre la renta nacionales.

El interés europeo descansa en un resultado positivo de las siete valoraciones propuestas. El presente trabajo, por su naturaleza introductoria, no pretende adentrarse en dichas valoraciones.

2. ANTECEDENTES DEL SISTEMA CCCTB

La propuesta de directiva concerniente al sistema CCCTB ha sido precedida de un proceso de elaboración, ejecutado entre los años 2004 y 2008 por un grupo de trabajo convocado por la Comisión que, partiendo del denominado Informe Bolkestein, produjo un conjunto de documentos de trabajo ¹⁷ en los que se ha inspirado dicha propuesta.

2.1. El pensamiento fiscal subyacente

El sistema CCCTB está descrito, estudiado, y recomendado en el Informe Bolkestein ¹⁸, cuyo origen político se encuentra en las conclusiones del Consejo Europeo de Verona de abril de 1996, las cuales pueden resumirse en una llamada a la cooperación en el terreno de la política fiscal entre los Estados miembros que, en el ámbito de la imposición sobre los beneficios, debía centrarse en los siguientes objetivos:

- Restaurar la capacidad recaudatoria, perturbada por la competencia fiscal ilegítima.
- Completar la realización del mercado interior, removiendo los obstáculos fiscales que perjudicaban su correcto funcionamiento.
- Modificar la composición de las fuentes de ingresos fiscales para disminuir la presión fiscal sobre el trabajo.

Estos objetivos podían alcanzarse mediante la armonización, pero también a través de la coordinación ¹⁹, esto es, una suerte de aproximación de las legislaciones fiscales basada en la definición de unos objetivos comunes y la convergencia no compulsiva en las vías para alcanzarlos.

La cooperación, así concebida, no era, según las conclusiones de la Presidencia, inconsistente con la competencia fiscal leal entre los Estados miembros, y su objetivo era que la tributación sobre los beneficios en el ámbito de la Unión Europea se configurase de manera tal que permitiera la realización fluida de las operaciones y actividades económicas transfronterizas, facilitando de esta manera la distribución más idónea de los capitales.

¹⁷ *Company Tax. Common Corporation Consolidated Tax Base*. En esta página de Internet están publicados todos los documentos de trabajo.

¹⁸ *Company Taxation in the Internal Market*. COM (2001) 582 final.

¹⁹ AUJEAN, Michel: «The CCCTB Project and the Future of the European Taxation», capítulo introductorio de la obra colectiva *Common Consolidated Corporate Tax Base*. LANG, PISTONE, SCHUCH, STARINGER.

Bajo la línea precedente, el Ecofin de Viena de septiembre de 1998 otorgó un mandato a la Comisión para realizar un estudio respecto de la imposición sobre los beneficios. Este mandato orientaba el trabajo de la Comisión. No era, por tanto, un mandato abierto, sino dirigido a ciertos aspectos, ciertamente básicos, de esa imposición. Lo que más llama la atención del contenido del mandato, además de que centra el estudio a realizar en los obstáculos que la imposición sobre los beneficios puede oponer a las actividades económicas transfronterizas, es que descarta que la diversidad de tipos nominales de gravamen de los distintos Estados miembros, algunos de ellos muy bajos, pueda perturbar el mercado interior, y, por el contrario, que incida en la diversidad de bases imponibles en cuanto elemento activo del nivel efectivo de tributación ²⁰.

2.2. Aspectos básicos del Informe Bolkestein

El Informe Bolkestein identificó cinco obstáculos básicos al mercado interior:

- Los Estados miembros son reacios a admitir la compensación de pérdidas sufridas por empresas del grupo respecto de las que no tienen derecho a gravar sus beneficios, cegando así la compensación transfronteriza de pérdidas.
- Las operaciones de reestructuración transfronteriza originan derechos de imposición sobre las plusvalías latentes de los elementos patrimoniales transmitidos.
- La presencia de situaciones de doble imposición.
- Considerables costes de cumplimiento de las obligaciones fiscales.
- Las entidades deben ajustar las operaciones internas al valor normal de mercado, el cual no siempre es accesible ni de fácil determinación ²¹.

Naturalmente, el pensamiento fiscal reflejado en las conclusiones de Verona y en el mandato recibido encauzó la investigación plasmada en el Informe Bolkestein. No obstante, dicha investigación también puso de relieve la decisiva importancia del tipo nominal de gravamen respecto de la adopción de las decisiones de inversión ²², apartándose así de aquel pensamiento fiscal, o, más exactamente, del mandato recibido.

Se originó así una inconsistencia notable. En efecto, por una parte, se reconocía al tipo nominal de gravamen una importancia decisiva en la distribución de los recursos económicos, de manera tal que su dispersión implicaba una distorsión económica de origen fiscal superlativa, pero, por otra,

²⁰ *Company Taxation in the Internal Market*. Prefacio.

²¹ Parte III, pág. 223.

²² Informe Bolkestein. Conclusiones de la Parte II. Las conclusiones de dicha parte, en lo concerniente al análisis cuantitativo pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- La diferencia entre la presión fiscal efectiva sobre los beneficios es relevante porque, de una parte, puede afectar a la competitividad de las empresas que compiten en el mismo mercado, y de otra, porque aligera la carga fiscal de los grupos multinacionales en relación con los puramente internos, pues aquellos pueden tributar a diferentes tipos de gravamen, según la jurisdicción fiscal en la que constituyan sus empresas filiales.
- La dispersión de la carga fiscal efectiva se debe a varios factores, pero el análisis tiende a demostrar que la diversidad del tipo nominal de gravamen es una causa principal.

había una renuncia anticipada a cualquier acción tendente a evitar esa dispersión ²³. Esta inconsistencia lastraría fuertemente el análisis y conclusiones del Informe Bolkestein.

El Informe Bolkestein se aplica a resolver, esencialmente, las restricciones que para el libre ejercicio de las libertades comunitarias supone la existencia de 27 sistemas de imposición distintos, y que entran en frecuentes fricciones. Las propuestas del Informe Bolkestein, tanto las de carácter específico como global, que son las que aquí interesan, se centran en esta categoría de conflictos. Otras distorsiones, como las asentadas en la diversidad de carga fiscal efectiva, son afrontadas incidentalmente.

También puede apreciarse un cierto olvido de los problemas derivados del fraude y la evasión fiscal. Ahora bien, más allá del debido respeto al principio de capacidad económica, de una u otra manera presente en la realidad constitucional de todos los Estados miembros, el fraude y la evasión fiscal también suponen, en sí mismos, elementos que pueden distorsionar la correcta distribución de los capitales según las pautas del mercado interior.

En este sentido, propuestas relativas a la modificación de la estructura de los sistemas de imposición sobre los beneficios de los Estados miembros en orden a limitar las oportunidades de fraude o evasión fiscal, hubieran podido contribuir eficazmente a la eliminación de las distorsiones fiscales. A esta cita ha faltado el Informe Bolkestein, por más que en posteriores y sucesivos documentos de la Comisión, que se inscriben en la estrategia puesta en marcha por la misma a raíz de dicho informe, si se haga mención a la cuestión de la eliminación del fraude o la evasión fiscal como uno de los objetivos a alcanzar ²⁴.

El Informe Bolkestein es una obra estimable, pero limitada desde su concepción en función del mandato recibido.

2.3. Los sistemas globales de tributación sobre los beneficios

El Informe Bolkestein propuso unas medidas específicas y otras globales para mejorar la relación de la tributación de los beneficios con el mercado interior. Las segundas pretenden resolver, de manera radical, la totalidad de los obstáculos que la imposición de los beneficios proyecta sobre el mercado interior. Son las más llamativas y, a la postre, una de ellas, el sistema CCCTB, es la que ha inspirado la propuesta de directiva.

Ya inicialmente se pudo advertir que las medidas globales respondían a una estrategia a largo plazo y de amplio alcance, de manera tal que su eventual instrumentación traería importantes consecuencias para el campo de la fiscalidad de las empresas. Esta estrategia se inscribía en el conjunto de iniciativas desplegadas a raíz de la denominada Agenda de Lisboa ²⁵.

²³ Informe Bolkestein, pág. 222. El carácter político de la renuncia a proponer una horquilla para el tipo nominal de gravamen se expresa claramente: la fiscalidad implica una elección política y puede entrañar un compromiso entre la pura eficiencia económica y otros objetivos y preferencias de la política nacional. El objetivo de la neutralidad tiene, por eso, que ser contemplado en el contexto de la autonomía nacional en el campo de la tributación.

²⁴ *Co-ordinating Member States' direct tax systems in the Internal Market*. COM (2006) yyy final.

²⁵ Agenda de Lisboa, adoptada en la cumbre europea de marzo de 2000, fijó el objetivo de convertir a la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social y respeto al medio ambiente. En 2003 el Informe Sapir y en 2004 el Informe Kork, constataron la lentitud del progreso hacia los objetivos de la Agenda, y en 2005 el Consejo Europeo los revisó dando prioridad al crecimiento y al empleo.

Para mejor entender el contenido del sistema CCCTB es conveniente ponerlo en relación con los otros sistemas, igualmente de carácter global, que el Informe Bolkestein examinó, pero que no tuvieron la fortuna de ser incorporados a la estrategia de la Comisión.

El Informe Bolkestein propuso cuatro sistemas globales ²⁶:

- *Home State Taxation.*
- *Common Consolidated Tax Base.*
- *European Unión Company Income Tax.*
- *Single Compulsory Harmonised Tax Base.*

Los cuatro sistemas globales, y, en particular, el sistema CCCTB, que es el que, finalmente, ha merecido el apoyo de la Comisión, representan una variación importante en relación con los trabajos de armonización de la imposición sobre los beneficios desarrollados en la segunda mitad del pasado siglo XX.

En efecto, de una parte, la renuncia a establecer una horquilla de tipos nominales de gravamen, común a todos los sistemas globales, choca fuertemente con algunas propuestas armonizadoras precedentes y, sobre todo, con la moderada aversión a la competencia fiscal que, en cierto modo, había venido caracterizando la posición de la Comisión, y de otra, el abandono del principio de empresa separada asistido por el principio de libre concurrencia en favor de la fórmula de reparto predeterminada, presente en todos esos sistemas globales sea como elemento sustancial o como opción, contrasta con la posición crítica en su día adoptada por la Unión Europea respecto de la extensión al ámbito internacional de la denominada imposición unitaria efectuada por ciertos Estados de los Estados Unidos ²⁷, cuyo contenido es similar al sistema CCCTB.

2.3.1. *Home State Taxation* ²⁸

Las características básicas de este sistema global son las siguientes:

- El contribuyente, a efectos de la determinación de la base imponible, es el grupo de empresas, incluidos los establecimientos permanentes de las empresas integradas en el mismo. Esto no quiere decir que las empresas pierdan la condición de contribuyentes. Son contribuyentes y deberán satisfacer el impuesto a la Administración fiscal del Estado miembro de su residencia. Pero la base imponible se determina respecto del grupo.
- La base imponible del grupo se determina en función de la ley del impuesto sobre los beneficios del Estado miembro en el que resida la empresa matriz.

²⁶ Informe Bolkestein. SEC (2001) 1681, pág. 373.

²⁷ BIRCH SORESENSEN, P.: *Company Tax Reform in the European Union*.

²⁸ GAMMIE: «Taxation Issues for the European Company». *EC Tax Review* (1998-3). Sobre una idea del autor, el denominado grupo de Estocolmo desarrolló el Home State Taxation.

- La base imponible se distribuye entre las empresas del grupo en función de una fórmula de reparto predeterminada. Cada Estado miembro establece el tipo de gravamen, y recauda la correspondiente cuota.

La implementación de este sistema requiere dos acuerdos políticos. Uno, relativo al reconocimiento mutuo de los respectivos impuestos sobre los beneficios, en lo concerniente a la formación de la base imponible. Otro, para establecer la fórmula de reparto predeterminada.

Como se verá más adelante, este sistema no concitó la adhesión de los expertos.

2.3.2. *European Unión Company Income Tax*

Las características básicas de este sistema global son las siguientes:

- El contribuyente es cada entidad, aunque también puede serlo el grupo de empresas.
- Todos los elementos del impuesto, y no solo la base imponible, se determinan en función de un tratado concluido entre los Estados miembros o mediante una norma comunitaria, señaladamente una directiva.
- El importe recaudado se distribuye entre los Estados miembros e inclusive podría constituir un ingreso de la propia Unión Europea. Como una variante, los Estados miembros podrían estar facultados para establecer el tipo de gravamen, en relación con las empresas residentes en su territorio.

La consecuencia natural de este sistema es la desaparición de los impuestos sobre los beneficios de los diferentes Estados miembros o la pérdida de importancia recaudatoria de los mismos. La proximidad de este sistema a la tributación propia de las estructuras políticas federales es bien evidente. Tal vez por ello, en el actual estado de la evolución política de la Unión Europea, se juzga prematuro²⁹.

2.3.3. *Single Compulsory Harmonised Tax Base.*

Las características básicas de este sistema son las siguientes:

- El contribuyente es cada entidad, aunque también puede serlo el grupo de empresas.
- La base imponible se determina mediante las normas puramente internas a través de las cuales ha sido transpuesta una norma comunitaria aprobada mediante directiva.
- Cuando el contribuyente es un grupo de empresas la base imponible se distribuye entre todos los Estados miembros a través de una fórmula predeterminada.

Este sistema, en cuanto proyectado exclusivamente sobre cada entidad y no sobre el grupo, no es más que la aplicación al campo de la imposición sobre los beneficios de las empresas de la técnica armo-

²⁹ GAMMIE: «Corporate Taxation in Europe-Paths to a Solution». British Tax Review. 2001-4. El autor no concede viabilidad política a este sistema, habida cuenta de la estructura del proceso de adopción de decisiones en la Unión Europea.

nizadora relativa a la imposición indirecta, cuyos frutos, aunque no totalmente logrados, pueden considerarse satisfactorios. Este es el camino que ha intentado la Comisión a lo largo de más de cuatro décadas³⁰. Si, por el contrario, se proyecta sobre el grupo de empresas, es muy parecido al sistema CCCTB.

La experiencia acumulada de los intentos armonizadores no permite albergar grandes esperanzas en este sistema³¹. Sin embargo, lo cierto es que Francia y Alemania han constituido un grupo de trabajo con el fin de armonizar la base imponible de la imposición sobre los beneficios en el horizonte de 2013, y tal vez también el tipo de gravamen³², lo que podría ser un acicate técnico para que el resto de los países de la zona euro siguieran esa estela, o, tal vez, se vieran obligados a seguirla por causa del impacto hegemónico de esos dos países.

2.3.4. *Common Consolidated Tax Base (sistema CCCTB)*

Las características básicas de este sistema son las siguientes:

- La base imponible se determina en relación con el grupo de empresas.
- La base imponible común consolidada se determina en función de unas normas fruto del acuerdo entre los Estados miembros, expresado a través de un tratado internacional o de una norma comunitaria, singularmente una directiva.
- La base imponible común consolidada se distribuye entre los Estados miembros concernidos en función de una fórmula de reparto predeterminada.
- Cada Estado miembro podrá establecer el tipo de gravamen que tenga por conveniente.

El sustrato político de este sistema es el acuerdo entre los Estados miembros para establecer unas normas reguladoras de la base imponible, señaladamente a través de una directiva, y una fórmula de reparto predeterminada de la misma.

En este sistema se basa la propuesta de directiva de la Comisión. El proyecto es políticamente ambicioso, y técnicamente complejo. Una versión fragmentada del mismo sería una base imponible común. A la misma parece apuntar la posición alemana. Bien se comprende que esa versión fragmentada no sería sino un subproducto del sistema CCCTB.

2.3.5. *Comparación de los sistemas globales*

El Informe Bolkestein hizo hincapié en que un buen sistema global debería dar respuesta satisfactoria a las dificultades derivadas de la aplicación de 15 sistemas fiscales diferentes (hoy 27), a la

³⁰ RUIBAL PEREIRA, L.: «La Fiscalidad de las Empresas en la Unión Europea. La necesidad de una cierta coordinación de la imposición sobre las sociedades y la lucha contra la competencia fiscal». *Quincena Fiscal*. 2002-10. Recuerda la autora que este sistema es el propuesto por el Informe Ruding, cuyo fracaso ha sido notorio.

³¹ RUDING, O.: «The Long Way to Removing Obstacles in Company Taxation in Europe». *European Taxation*. 2002-1. El autor da por agotada la vía de la construcción de una tributación europea sobre los beneficios a través de la armonización basada en directivas.

³² Comunicado de la cumbre franco-alemana del 17 de agosto de 2011.

distribución de los resultados, positivos y negativos, del grupo de empresas entre las distintas jurisdicciones fiscales en las que el grupo opera, a la compensación de pérdidas transfronteriza, a la reorganización empresarial transfronteriza, y, en fin, a la doble imposición sobre los dividendos transfronterizos³³. En efecto, una respuesta satisfactoria procuraría una mejora sustancial en orden al correcto funcionamiento del mercado interior.

El Informe Bolkestein debate la contribución de los sistemas globales a la superación de los obstáculos fiscales en relación con el mercado interior³⁴. A estos efectos, dichos sistemas globales pueden ser agrupados según que respondan al reconocimiento mutuo (*Home State Taxation*) o al acuerdo interestatal (los restantes).

Por lo que se refiere a la tributación de los dividendos pagados por una empresa del grupo a otra también del grupo, es decir, los dividendos internos, el sistema de mutuo reconocimiento tendría por efecto que a tales dividendos se les aplicara el régimen de los dividendos locales, aun cuando tuvieran la consideración de transfronterizos. Este efecto suprimiría la doble imposición sobre los dividendos transfronteriza en la medida en que la legislación del Estado miembro cuya legislación resultare aplicable contuviera normas para evitar la doble imposición interna. En consecuencia, los sistemas de reconocimiento mutuo no eliminan necesariamente la doble imposición de dividendos, e incluso podrían provocarla en la medida en que se entendiera incompatible con la Directiva 90/435/CEE, interpretación que no parece desacertada.

Los restantes sistemas eliminan plenamente la doble imposición sobre los dividendos transfronterizos en cuanto el contribuyente sea el propio grupo de empresas o la determinación de la base imponible se refiera al mismo, debido al solo efecto de la consolidación. La consolidación implica que los dividendos internos no formen parte de la base imponible. Cuando el contribuyente no es el grupo de empresas o la determinación de la base imponible no se refiere al mismo, la eliminación de la doble imposición de dividendos queda confiada a la Directiva 90/435/CEE y al ordenamiento interno del país en que reside la empresa perceptora del dividendo. La eliminación de la doble imposición sobre los dividendos transfronterizos a través de la consolidación es absoluta, en tanto que la eliminación a través de la norma comunitaria está supeditada al cumplimiento de un conjunto de requisitos.

Por lo que se refiere a las fusiones y operaciones asimiladas de carácter transfronterizo, el Informe Bolkestein desconfía del reconocimiento mutuo debido a la diversidad de las normas sobre el particular existentes en los diferentes Estados miembros. Por el contrario, contempla positivamente los restantes sistemas, en particular cuando toman como contribuyente al grupo de empresas o se refieren a una base imponible consolidada que será distribuida entre las sociedades del grupo mediante una fórmula de reparto predeterminada, porque tal forma de determinar la base imponible haría innecesarias todas las medidas restrictivas a la aplicación del régimen de diferimiento cuyo objetivo es preservar los derechos de imposición del país de la sociedad que actúa en la operación de reestructuración como transmitente, habida cuenta de que tales derechos quedarían protegidos por el mencionado reparto.

Tal vez esta visión sea en exceso optimista, porque la fórmula de reparto no es capaz de mantener en su integridad los derechos de imposición. Por otra parte, las fórmulas de reparto son aptas para, en el mejor de los casos, distribuir los beneficios ordinarios, pero no las plusvalías y los de carácter pasivo.

³³ Informe Bolkestein. SEC (2001) 1681, pág. 372.

³⁴ Informe Bolkestein, pág. 383 y ss.

Por lo que se refiere a la compensación transfronteriza de las pérdidas, el Informe Bolkestein constata la superioridad de los sistemas basados en la consolidación, puesto que la misma determina la compensación de manera automática. En realidad, forma parte de la esencia del sistema de consolidación la integración de los resultados de todas las empresas del grupo, de donde se deriva la compensación. Por el contrario, en el sistema de mutuo reconocimiento solamente se produciría tal efecto si la legislación del país en que reside la sociedad dominante contuviera un sistema de consolidación fiscal.

Por lo que se refiere a los problemas planteados por los precios de transferencia, entiende el Informe Bolkestein que cualquier sistema basado en la consolidación los supera radicalmente, puesto que, en definitiva, tomar como unidad de referencia al grupo de empresas significa abandonar el método de distribución de la renta basado en los principios de empresa separada y libre concurrencia, para cuya ejecución han de aplicarse los precios de transferencia. En el sistema de mutuo reconocimiento la superación del problema de los precios de transferencia solamente se produciría en aquellos casos en los que el país concernido admitiera al grupo de empresas en calidad de contribuyente.

Finalmente, por lo que se refiere a los problemas inherentes a la aplicación de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional, el Informe Bolkestein valora positivamente tanto el sistema de reconocimiento mutuo como los restantes sistemas, hasta el punto de entender que no sería necesaria la aplicación de tales convenios. Sin embargo, los sistemas globales no son hábiles para solucionar el problema de la adecuación de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición al Tratado, básicamente derivados de la aplicación de los beneficios de los convenios a residentes en otros Estados miembros.

La valoración que el Informe Bolkestein efectúa de los cuatro sistemas examinados pone de relieve su preferencia por el consistente en una base imponible común consolidada o sistema CCCTB.

2.4. Reacciones técnicas y políticas al Informe Bolkestein

La primera reacción de la Comisión al Informe Bolkestein fue expresada institucionalmente mediante comunicación al Consejo y al Parlamento europeos ³⁵. En ella la Comisión propuso la doble vía de las soluciones específicas y globales, y se inclinó, como solución definitiva, aunque a largo plazo, por el sistema CCCTB. Delimitó los rasgos esenciales de tal sistema de acuerdo con los siguientes criterios:

- Calcular los beneficios de todo el grupo europeo en función de un mismo conjunto de normas.
- Establecer cuentas consolidadas a efectos fiscales, eliminando de esta manera los efectos de las operaciones puramente internas.
- Establecer un sistema de reparto de la base imponible común consolidada entre los Estados miembros.
- Los Estados miembros tendrán competencia para establecer el tipo de gravamen.

³⁵ Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades para sus actividades a escala comunitaria. COM (2001) 582 final. Contiene la primera reacción de la Comisión al Informe Bolkestein.

La comunicación no profundizó en los componentes técnicos del sistema propuesto, pero sí proyectó un conjunto de iniciativas de tal orden para su paulatino desenvolvimiento. Así, impulsó la celebración de dos conferencias de expertos en fiscalidad de las empresas, la primera en Bruselas y la segunda en Roma, y convocó un grupo de trabajo integrado por expertos de los Estados miembros para debatir y configurar dichos componentes técnicos. Al tiempo, la Comisión recabó la opinión de las asociaciones empresariales, así como del mundo académico.

En la conferencia de Roma, si bien se dibujó un notable apoyo a la base imponible común consolidada o sistema CCCTB, pudieron también atisbarse ciertas reticencias o incertidumbres, unas de carácter técnico otras de naturaleza política. Las opiniones más relevantes pueden acotarse de la siguiente manera:

- El sistema de reconocimiento mutuo cosechó muy pocos apoyos y algunas críticas acerbas, en particular procedentes de las autoridades administrativas, tanto por razones técnicas como políticas ³⁶, a tal punto que uno de sus autores intelectuales, asistente a la conferencia, hubo de reconocer que se trataba de una solución secundaria respecto del sistema de base imponible común consolidada, pero no desprovista de utilidad a modo de etapa intermedia en el camino hacia el mismo ³⁷.
- El carácter voluntario u obligatorio del sistema. El carácter voluntario fue especialmente postulado por la representación empresarial, admitido o tolerado desde las instancias comu-

³⁶ WEINER, J.: «Summary of the European Tax Conference». *Tax Notes International*. 2002. El autor relata la posición de las autoridades fiscales francesa y alemana, a cuyo tenor el sistema de mutuo reconocimiento implicaría una cesión de soberanía fiscal entre Estados miembros y unas complicaciones técnicas horribles.

³⁷ LODIN y GAMMIE: «The Taxation of the European Company». *European Taxation* (1999, agosto). Los autores, que pueden ser considerados como los promotores intelectuales del sistema de mutuo reconocimiento, cifran como ventajas del mismo las siguientes:

- Las empresas que operan en la Unión Europea tributarían por un solo conjunto de normas, las del país de su residencia, cualquiera que fuere el país en el que estuvieran constituidas las empresas filiales.
- Las pérdidas serían compensadas de acuerdo con las normas del país de la empresa matriz.
- Desaparecerían los problemas relativos a los precios de transferencia, en la medida en que la base imponible consolidada se distribuiría entre los países concernidos en función de una fórmula predeterminada.
- Se verían facilitadas las operaciones de reorganización, más allá de lo que actualmente establece la directiva sobre el particular.
- No requeriría el acuerdo político para elaborar las normas para determinar la base imponible.
- No interferiría la aplicación de los vigentes convenios para evitar la doble imposición.
- Cada Estado miembro mantiene sus propias normas de tributación sobre los beneficios. Las limitaciones que el sistema impone son menores que las derivadas de la presión ejercida por el Tribunal de Justicia y los compromisos derivados del código de conducta.
- La administración del tributo quedaría en manos de las Administraciones tributarias de cada Estado miembro.
- Los dividendos transfronterizos seguirían el régimen propio de los internos, generalmente más adecuado para evitar la doble imposición.
- La determinación del tipo de gravamen quedaría como facultad de los Estados miembros, de manera tal que estos podrán diseñar la relación de la tributación de las sociedades con la de sus socios personas físicas.
- Se aprovecharía todo el caudal interpretativo vigente en cada país.

Es conveniente señalar que los autores describen las ventajas anteriores en contraposición del sistema *European Union Company Income Tax*, sin ocuparse del sistema de base imponible común consolidada, a la sazón no propuesto por la comunidad académica. Se comprende así que el profesor LODIN, en el marco de la conferencia de Bruselas, entendiera que el sistema de mutuo reconocimiento podría ser una suerte de etapa en relación con el sistema de base imponible común consolidada.

nitarias, pero rechazado por expertos de las Administraciones tributarias³⁸. Este aspecto era sin duda esencial, pues los efectos prácticos del carácter obligatorio o voluntario se adivinaban de muy largo alcance³⁹.

- La libertad absoluta de los Estados miembros para determinar el tipo de gravamen fue objeto de consideraciones de diverso signo, básicamente vinculadas a las ideas, formalmente opuestas, de mantenimiento de la competencia virtuosa entre los diferentes Estados miembros, y de la conveniencia de evitar distorsiones⁴⁰.
- La fórmula de reparto predeterminada de la base imponible común consolidada levantó las mayores dudas y controversias, no solo por las dificultades técnicas para construir una fórmula justa y eficaz, sino por lo que suponía de abandono traumático del principio de empresa separada y libre concurrencia⁴¹.
- La determinación de la base imponible común consolidada en función de las normas internacionales de contabilidad y de las normas internacionales de información financiera de la IASB encontró eco en algunos asistentes⁴².

La conferencia de Roma dio oportunidad a la Comisión para ratificar su valoración positiva del sistema de base imponible común consolidada o sistema CCCTB⁴³, pero el carácter institucional de dicha ratificación se produjo en una segunda comunicación al Consejo y al Parlamento⁴⁴. La estrate-

³⁸ WEINER, J.: «Summary of the European Tax Conference». *Tax Notes International*. 2002. El autor relata la posición de UNICE, organización empresarial para la que el carácter voluntario del sistema era un ingrediente indispensable, de manera tal que su apoyo estaba condicionado al mismo. El punto de vista opuesto procedió de las Administraciones fiscales, para las cuales la existencia de dos formas de imposición de carácter optativo complicaría la aplicación del impuesto, y fomentaría la competencia fiscal perniciosa, y todo ello sin ganancia alguna, puesto que, en definitiva, si los Estados miembros son capaces de acordar normas para determinar una base imponible común consolidada no existe justificación alguna para dicho carácter opcional. La representación de la Comisión observó que sería muy difícil contar con el apoyo de las empresas si el sistema no era optativo, y el parlamentario europeo Vedova admitió que el sistema podría ser optativo.

³⁹ RAVENTÓS CALVO, S. y DE JUAN PEÑALOSA, J.L.: «The Commission's Proposals on Company Taxation from a Spanish perspective». *European Taxation* (2002, agosto). Los autores estiman que la opción es apropiada.

⁴⁰ WEINER, J.: «Summary of the European Tax Conference». *Tax Notes International* (2002). El autor da cuenta de la rotunda posición del parlamentario Vedova contraria a la armonización del tipo de gravamen, pero también del responsable de la administración francesa, Le Floch, el cual recordó como el propio Informe Bolkestein había constatado las distorsiones derivadas de la diversidad de tipos nominales de gravamen, de manera tal que la falta de armonización no tenía soporte lógico. Esta misma línea de pensamiento expresó GABAGLIO en representación de los sindicatos europeos.

⁴¹ WEINER, J.: «Summary of the European Tax Conference». *Tax Notes International* (2002). El autor relata las dos posiciones en presencia. De una parte quienes ante las dificultades de aplicar el principio de libre concurrencia entendieron útil una fórmula de reparto (TANZI, RUDING, aunque reconociendo las imperfecciones inherentes), y quienes entendían que abandonar el principio de libre concurrencia era un paso atrás (OWENS). El autor, en este punto, trae a colación el tradicional disgusto de UK por los sistemas en los que interviene una fórmula de reparto.

⁴² RUDING, O.: *European Conference on Company Taxation* (2002). El autor esboza la utilidad de las NIIF en el contexto de la determinación de la base imponible común consolidada.

⁴³ VERRUE: *EU Corporate Tax Reform: Progress and New Challenges*. 2003.

⁴⁴ Un mercado interior sin obstáculos vinculados al Impuesto sobre Sociedades: logros, iniciativas actuales y retos pendientes. COM (2003) 726 final. En esta comunicación la Comisión confirma la doble vía para la construcción de una tributación sobre los beneficios, y, en especial, que la existencia de una base imponible común consolidada del Impuesto sobre Sociedades para las actividades realizadas por las empresas a escala comunitaria constituye el único medio para instituir verdaderas condiciones de mercado interior. Por otra parte, esboza determinados posicionamientos técnicos:

gia de la Comisión, a largo plazo, parecía centrarse, indubitadamente, en el sistema de base imponible común consolidada o sistema CCCTB.

2.5. El proceso de elaboración de la propuesta de directiva

Las propuestas del Informe Bolkestein y las comunicaciones que sobre las mismas efectuó la Comisión se centraron en señalar las ventajas del sistema CCCTB, pero no entraron a desarrollar los elementos esenciales del mismo, ni examinaron los problemas derivados de su inserción en el contexto de las relaciones fiscales internacionales. Solo al cabo de una década esos elementos se han concretado en el proyecto de directiva presentado por la Comisión.

2.5.1. La estrategia de la Comisión

Seguramente la Comisión entendió que estaba ante un proceso complejo cuyas etapas convenía abordar con la debida cautela y sagacidad política, a la vista de ciertas reacciones de oposición explícita ⁴⁵ o larvada. Y así, la Comisión, antes que presentar a los Estados miembros un modelo acabado de tributación según el sistema CCCTB, prefirió proponerles un marco de trabajo ⁴⁶ con la finalidad de elaborar dicho modelo, que debería plasmarse en un proyecto de disposición legislativa comunitaria a finales de 2008 ⁴⁷. Finalmente ha sido a comienzos de 2011.

A tal efecto se creó un grupo de trabajo auspiciado por la Comisión y compuesto por representantes de los Estados miembros ⁴⁸. El grupo mantuvo debates sobre los diversos elementos del

- La hipótesis más razonable en materia de evolución de la contabilidad es que las cuentas individuales también se redacten de acuerdo con las normas internacionales de información financiera, lo que dará pie a utilizar el resultado contable NIIF a efectos de la configuración de la base imponible común consolidada.
- El enfoque NIIF parte de una posición contable común y trata de determinar los ajustes necesarios para llegar a la base imponible. Las cuentas con arreglo a las NIIF representan un punto de partida neutro para llegar a una base imponible común consolidada.
- La idea de una base imponible común consolidada puede entenderse suficientemente aceptada en cuanto objetivo a largo plazo, pero todavía existen reticencias en sectores empresariales y de las administraciones fiscales, en algunos casos por cuestiones de principio.
- Algunos partidarios de la base imponible común entienden que sería excesivo que la misma tuviera carácter consolidado. Sin embargo, precisamente en cuanto a la consolidación, la Comisión sigue considerando que es el modo más eficaz de superar los obstáculos fiscales y un aspecto esencial para llegar a una base imponible común consolidada a largo plazo.
- El reparto de la base imponible común consolidada podría hacerse en función del valor añadido o de una fórmula específica. La elección de los factores que habrán de componer dicha fórmula es una cuestión fundamental, y se apunta que los más aptos parecen ser ventas, capital y trabajo.

⁴⁵ *Common Consolidated Corporate Tax Base. Ireland's Position*. A comienzo de 2007, Irlanda expresó severas objeciones políticas al sistema de base imponible común consolidada. Así, recordó el principio de subsidiariedad y el de soberanía de los Estados miembros en materias fiscales, al tiempo que señalaba la inconveniencia de abandonar el sistema, universalmente aceptado, de empresa separada en favor de un sistema basado en una fórmula arbitraria, y, en cualquier caso, puso de relieve que sobre el resultado del proceso no había recaído decisión política alguna.

⁴⁶ *Commission Non-Paper to Informal Ecofin Council*, 10 and 11 September 2004. *A Common Consolidated EU Corporate Tax Base*, 7 July 2004.

⁴⁷ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen et au Comité Economique et Social Européen. COM (2006) 157 final.

⁴⁸ *Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group*. (CCCTB WG). CCTB/WP/003/doc/en. El programa de trabajo puede resumirse de la siguiente manera:

sistema CCCTB⁴⁹, y produjo un conjunto de documentos de trabajo, cuyo examen es ilustrativo de las dificultades, problemas, y soluciones concernientes a dichos elementos⁵⁰.

Ahora bien, la participación de los Estados miembros en el desenvolvimiento técnico de la estrategia de la Comisión no garantizaba el apoyo político a la propuesta que, finalmente, la misma pudiera formular, como así lo puso de relieve la posición política británica formulada en sede parlamentaria en 2007, en la que no solo se recordaba que la tributación sobre la renta era, y es, materia de la competencia de los Estados miembros, sino que se realizaban observaciones claramente adversas al sistema de base imponible común consolidada europea propuesto por la Comisión⁵¹. Ya antes, como se ha indicado, Irlanda había expresado una oposición frontal. Tampoco Holanda se mostró proclive.

El calendario inicial de la Comisión, formulado con carácter aproximativo, preveía, como se ha indicado, la presentación de una propuesta de directiva en 2008. Finalmente no fue así. Nada nuevo en el proceso de construcción europea, donde los impulsos políticos, al menos en materia de fiscalidad directa, nunca han sido continuos sino más bien espasmódicos. Ya a comienzos de 2009 era bien evidente que la estrategia de la Comisión había perdido ímpetu y comenzaba a transitar hacia la vía muerta⁵².

- Aspectos generales: implicaciones y utilización de las IAS/IFRS; balance fiscal y dependencia; principios fiscales.
- Elementos estructurales y técnicos de la base: inmovilizado, material e inmaterial, y sus amortizaciones; plusvalías sobre inmovilizaciones corporales e incorpóreas; arrendamiento financiero y propiedad económica; reservas, provisiones y pasivos; ingresos y gastos; compensación de pérdidas; activos financieros; actividades financieras.
- Aspectos internacionales.
- Campo de aplicación territorial.
- Mecanismos de eliminación de la doble imposición internacional.
- Reorganizaciones empresariales.
- Dividendos y otras formas de distribución de los beneficios.
- Incentivos fiscales.
- Aspectos estructurales y jurídicos: gestión administrativa; control; interpretación normativa; lucha contra la evasión fiscal; aplicación obligatoria u opcional; restricciones por razones sectoriales o de dimensión.
- Consolidación.
- Método de reparto de la base imponible común consolidada.
- Elaboración de la disposición legislativa.

⁴⁹ *Company Tax. UE. Meetings of the Working Group on the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB WG):* 23/11/2004; 10/03/2005; 02/06/2005; 23/09/2005; 07-08/12/2005; 09/03/2006; 01-02/06/2006; 12/09/2006; 12-13/12/2006; 13/03/2007; 27-28/09/2007; 10-11-12/12/2007; 14-15/04/2008.

⁵⁰ CCCTB/WG/057; 060 y 061, pueden ser tenidos como resumen de los trabajos.

⁵¹ *The United Kingdom Parliament. Select Committee on European Scrutiny Twenty-Fifth Report.* La posición general puede resumirse de la siguiente manera:

- Los Estados miembros tienen la competencia en materia de tributación sobre la renta.
- El proyecto de la Comisión envuelve la armonización de la tributación sobre los beneficios, excluido el tipo de gravamen.
- La participación en el grupo técnico de la Comisión no implica compromisos políticos.

La posición particular, de política tributaria, comprende los siguientes puntos:

- En principio, no se advierte la necesidad de armonización.
- Flexibilidad y competitividad del sistema fiscal acompañado de cooperación internacional.
- Flexibilidad nacional antes que rígidas estructuras incapaces de adaptarse a las necesidades de la globalización.

Y finaliza con una afirmación rotunda: el ministerio concluye que para el Gobierno es claro que no contemplará ninguna acción a nivel europeo que pueda amenazar los puestos de trabajo y la posición de competitividad de las empresas en UK.

⁵² Pervenche Berés, Presidente de la Comisión económica y monetaria del Parlamento europeo, en su intervención ante el Foro Fiscal de Bruselas (marzo de 2009), tras calificar al proyecto relativo a la base imponible común consolidada europea como durmiente, se lamenta de ello, pues, citando a DEVEREUX, reconoce en el mismo la reforma más radical de la fiscalidad internacional sobre las sociedades desde hace un siglo. También fue expresivo el silencio sobre el particular del comisario Kovács en la clausura del Foro Fiscal.

Las dificultades del proceso de armonización en el ámbito de la imposición directa también afloraron con fuerza en relación con el sistema CCCTB, por muchas que pudieran ser las virtudes que se le supusieran en relación con la consecución del mercado interior ⁵³.

2.5.2. *Un cúmulo de cuestiones técnicas a resolver*

Los elementos técnicos esenciales del sistema de CCCTB barajado por la Comisión eran tres: el grupo de empresas, la base imponible y el reparto de la base imponible. Para cada uno de esos tres elementos se abría un amplio abanico de cuestiones, de entre las que cabe destacar las siguientes:

- Por lo que se refiere al grupo de empresas: ¿Cuáles eran los criterios que habían de adoptarse para definir el grupo de empresas respecto del que se predicaría la base imponible común consolidada? ¿Eran válidos los criterios de las directivas contables o aquellos de las normas internacionales de información financiera? ¿Había de estarse a criterios puramente fiscales? ¿Qué enseñaba la experiencia de los Estados con sistemas de tributación consolidada? ¿Existían rasgos comunes lo suficientemente acusados entre los sistemas de consolidación fiscal de los distintos Estados miembros como para perfilar un tipo de grupo fiscal ampliamente compartido? ¿Debían integrarse en el grupo todas las empresas filiales o, por el contrario, las que estaban constituidas o residían fuera del territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea habían de ser excluidas? ¿Deberían integrarse en el grupo exclusivamente las entidades que ejecutaran conjuntamente una actividad económica integrada?
- Por lo que se refiere a la base imponible: ¿Cuáles eran los criterios para medir la renta del grupo? ¿Podían ser válidas, a estos efectos, las normas internacionales de información financiera? ¿Había de estarse a criterios puramente fiscales? ¿Cuál era la situación de la relación entre normas contables y fiscales en los distintos Estados miembros de la Unión Europea? ¿Había de calcularse la renta mediante el procedimiento de consolidación o, por el contrario, bastaba con la mera agregación? ¿Debía tomarse en consideración la renta total de las empresas que integraban el grupo o, por el contrario, solamente la de fuente europea?
- Por lo que se refiere a la distribución de la base imponible entre los Estados miembros afectados: ¿Cuál era la experiencia de los Estados federales sobre la fórmula de reparto de la renta imponible entre las diversas jurisdicciones? ¿Qué modelos existían de fórmulas de reparto? ¿Qué factores deberían tomarse en consideración?

El cúmulo de cuestiones que se adivinaban tras la estructura del sistema CCCTB levantado por el Informe Bolkestein revelaba, claramente, que la tarea técnica no había de ser sencilla. Los documentos en los que se plasmaron los puntos de vista de los servicios técnicos de la Comisión, y los concernientes a las comunicaciones y debates en el seno del grupo de trabajo auspiciado por la Comisión así lo indicaron ⁵⁴.

⁵³ CAAMAÑO ANIDO, M.A.: *Constitución Europea y Poder Tributario* (2007), pág. 103 y ss. El autor sostiene la viabilidad jurídica de una propuesta armonizadora, pero subraya las dificultades derivadas de la no mención en el Derecho primario de competencias propias comunitarias en el ámbito fiscal.

⁵⁴ NEALE T.: «CCCTB: How far have we got and what are the next steps?», Capítulo 2 de la obra colectiva *Common Consolidated Tax Base*. LANG, PISTONE, SCHUCH, STARINGER.

En fin, la propuesta de directiva ha respondido a bastantes de las cuestiones precedentes, escogiendo entre las diversas alternativas posibles.

3. LÍNEAS MAESTRAS DEL PROYECTO RELATIVO A UNA BASE IMPONIBLE COMÚN CONSOLIDADA

De los elementos básicos del sistema CCCTB, tal y como se regula en la propuesta de directiva, derivan un conjunto de características. En una primera aproximación, antes que un comentario detenido de los elementos esenciales, parece más útil identificar esas características, ya que, a través de las mismas, se podrá penetrar con mayor facilidad en la verdadera significación y trascendencia del sistema CCCTB.

3.1. Elementos esenciales y características básicas del sistema CCCTB establecido en la propuesta de directiva

Son elementos esenciales del sistema CCCTB, en la forma en cómo lo establece la propuesta de directiva, los siguientes:

- El ámbito subjetivo de aplicación, esto es, la determinación de los sujetos pasivos que pueden acogerse (Capítulos I y II).
- La determinación del perímetro del grupo europeo (Capítulo IX).
- La determinación de la base imponible común agregada (Capítulos IV a VII, ambos inclusive).
- La determinación de la base imponible común consolidada (Capítulo IX).
- La distribución de la base imponible común consolidada (Capítulo XVI)
- La gestión administrativa y la competencia de los tribunales de justicia (Capítulo XVII).
- La ausencia de normas relativas a la convergencia de los tipos de gravamen de los Estados miembros (art. 103).

Pudiera sorprender que se cite como elemento esencial del sistema lo concerniente a la gestión administrativa y revisión judicial. Sin embargo, como se verá, este es un rasgo muy relevante del sistema, por no decir el más relevante, en términos políticos ⁵⁵.

Además de los elementos calificados como esenciales, el proyecto despliega otros secundarios pero indispensables para su correcto funcionamiento:

- Opción por el régimen (Capítulo III).
- Entrada y salida del sistema (Capítulo VIII).

⁵⁵ RODRÍGUEZ, J.F.: «La propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades-visión panorámica». *QF*, julio II, 2011.

- Entrada y salida del grupo (Capítulo X).
- Reorganización de empresas (Capítulo XI).
- Operaciones entre el grupo y otras entidades (Capítulo XII).
- Operaciones entre empresas asociadas (Capítulo XIII).
- Normas antifraude (Capítulo XIV).
- Entidades transparentes (Capítulo XV).
- Otras disposiciones (Capítulo XVIII).

De los elementos esenciales es posible inferir las siguientes características:

- El papel nuclear de la consolidación.
- La confianza en la competencia fiscal para alcanzar la convergencia en los tipos de gravamen.
- El impacto político-administrativo de la denominada ventanilla única.

3.2. El papel nuclear de la consolidación

El proyecto no llega a construir un Impuesto sobre Sociedades europeo debido a que se abstiene de regular el tipo de gravamen. Sin embargo, la base imponible queda totalmente armonizada, y lo que es más importante, en el ámbito de las operaciones internas realizadas entre las sociedades del grupo, prescinde del principio de libre competencia, el cual, como es sabido, es el fundamento del consenso de la OCDE en materia de distribución de los beneficios entre las distintas jurisdicciones fiscales. Además, permite la compensación de las pérdidas sufridas por las entidades del grupo con los beneficios generados por otras entidades del grupo. Ambos efectos se deben a la consolidación. Sin consolidación habría base imponible común, pero no se podría prescindir del principio de libre competencia ni se produciría la compensación de pérdidas.

3.2.1. Abandono del principio de libre competencia

En la exposición de motivos de la propuesta de directiva se hace especial hincapié en el abandono del principio de libre competencia, y así se afirma que *hoy en día, uno de los principales obstáculos al mercado único es el elevado coste derivado de cumplir los trámites relacionados con los precios de transferencia aplicando el principio de plena competencia... la fijación de precios operación por operación con arreglo al principio de plena competencia puede haber dejado de ser el método más adecuado para la asignación de beneficios.*

Contrasta fuertemente esta declaración con la reciente ratificación de dicho principio en la última versión de la Guía de Precios de Transferencia (julio 2010), a cuyo tenor *los países miembros de la OCDE*

reiteran su apoyo al consenso alcanzado entre países miembros y no miembros para la aplicación del principio de plena competencia, y acuerdan que debe rechazarse la alternativa teórica al principio de plena competencia representada por el reparto del beneficio global según una fórmula preestablecida.

La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea también pertenecen a la OCDE, de manera tal que parece contradictorio que aquello que es técnicamente válido en una organización, la OCDE, haya dejado de serlo en otra, la Unión Europea, máxime cuando en esta última se han constituido sendos grupos de trabajo con la finalidad de perfeccionar y facilitar la aplicación del sistema de relaciones fiscales internacionales tejido sobre el consenso de la OCDE ⁵⁶.

Tal vez la consideración de la Unión Europea como un cuerpo político, o la fuerza integradora de actividades económicas del mercado interior, puedan sugerir alguna explicación a esa aparente contradicción, en el sentido de que ambas circunstancias dificultarían, más si cabe, el desenvolvimiento de unas relaciones fiscales basadas del principio de libre concurrencia, y de ahí la necesidad de su sustitución por otro sistema presuntamente más operativo.

Sin embargo, también podría sostenerse lo inverso, es decir, que las meritadas circunstancias facilitan el mejor desarrollo de las relaciones fiscales internacionales basadas en el principio de libre concurrencia, debido, precisamente, a la fluidez con la que la información corre el mercado interior y a la asistencia interadministrativa. Precisamente, en ese ámbito, la aplicación, en relación con las actividades económicas altamente integradas, del método de distribución del beneficio conjunto, tal y como está diseñado en las directrices de la OCDE, ofrece perspectivas positivas, máxime considerando la posibilidad de llegar a acuerdos previos plurijurisdiccionales, de acuerdo con la normativa propia de los Estados miembros más relevantes, entre ellos España.

Se abre así un debate sobre los méritos, absolutos y relativos, de ambos sistemas, esto es, el sistema CCCTB y el sistema basado en el consenso OCDE, cuyo resultado será uno de los elementos relevantes para valorar si la iniciativa de la Comisión es consistente con el interés europeo o, por el contrario, implica un desvío del camino adecuado.

Lo que sí debe quedar claro es que el sistema CCCTB no representa un perfeccionamiento evolutivo del consenso de la OCDE, sino una ruptura total con los principios que lo animan.

3.2.2. *Compensación de pérdidas*

Explica la exposición de motivos que dentro de la UE, solo puede recurrirse a la posibilidad de efectuar una compensación de pérdidas a escala transfronteriza en un número limitado de casos, lo que genera una situación de tributación excesiva para las empresas que llevan a cabo actividades transfronterizas... permitir la consolidación inmediata de los beneficios y las pérdidas a efecto del cálculo de las bases imponibles en toda la UE supone un paso adelante en la reducción de la tributación excesiva en situaciones transfronterizas y, por tanto, de cara a la mejora de las condiciones de neutralidad fiscal entre las actividades nacionales y transfronterizas a fin de explotar con más eficacia el potencial del mercado interior.

⁵⁶ *Transfer Pricing Forum. Transfer Pricing and the Arbitration Convention.*

Si se contemplan las sentencias que el Tribunal de Justicia ha librado sobre la compensación de pérdidas transfronteriza, o la afin de la tributación consolidada transfronteriza⁵⁷, se comprenderá la importancia que esta materia tiene para los grupos de empresas que operan en la Unión Europea.

La exposición de motivos es sumamente reveladora de lo que el sistema CCCTB persigue principalmente: prescindir del principio de libre competencia en las relaciones intraeuropeas y garantizar la compensación transfronteriza de pérdidas. El instrumento de esa doble pretensión es la consolidación, de la que deriva una base imponible referida al grupo de empresas, que será distribuida entre las sociedades del grupo de acuerdo con una fórmula de reparto predeterminada. La fórmula de reparto predeterminada no es sino un instrumento de un sistema concebido para prescindir del principio de libre competencia y, consecuentemente, de los métodos que le dan efectividad, y, al tiempo, procurar la compensación transfronteriza de pérdidas.

3.2.3. Delimitación del grupo de empresas

El sistema CCCTB no alumbra un nuevo sujeto pasivo, en el sentido de deudor de la obligación tributaria. Los sujetos pasivos, en cuanto deudores de la obligación tributaria, continuarán siéndolo las entidades que se integran en el grupo. El grupo de sociedades no es un nuevo sujeto pasivo sino la unidad fiscal respecto de la que se calcula la base imponible.

No sería correcto, por tanto, establecer un parangón entre el sistema CCCTB y el régimen español de los grupos fiscales. Nuestro régimen sí alumbra un nuevo sujeto pasivo, pero no prescinde de la corrección por operaciones vinculadas, aunque sí procura una compensación plena de las pérdidas sufridas por unas sociedades con los beneficios obtenidos por otras, si bien limitada a las entidades residentes en territorio español.

Ahora bien, el papel que el grupo de sociedades juega en el sistema CCCTB es primordial, y de ahí la importancia de su delimitación, de la que se ocupa, básicamente, el Capítulo IX, en conexión con los Capítulos I y II.

Ahora ya tenemos la respuesta para alguna de las interrogantes anteriormente apuntadas. Así, sabemos que el grupo no se delimita de acuerdo con criterios contables, ya que se exige algo más que el control (art. 54), que en el mismo solo se integran las sociedades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea o los establecimientos permanentes así ubicados (art. 55), y, en fin, que a diferencia de la tributación unitaria de los Estados Unidos, no es preciso que las actividades económicas de las entidades del grupo se hallen altamente integradas.

Se trata, esta última, de una diferencia cualitativa de gran relieve. En efecto, si no hay una actividad económica unitaria, las relaciones internas serán muy reducidas, de manera tal que uno de los problemas a resolver, esto es, la aplicación de los precios de transferencia, se presenta con muy baja intensidad⁵⁸.

⁵⁷ *Mark&Spencer; Glaxo; X Holding BV; ICI; Papillon; Rewe.*

⁵⁸ AVI-YONAH, R. y CLAUSING, K.: *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy* (4.2.1).

La configuración del grupo de empresas a pesar de que no exista actividad económica integrada o unitaria pone de relieve la importancia que se concede al objetivo de la compensación transfronteriza de pérdidas.

3.2.4. *La base imponible común consolidada*

También en lo concerniente a la determinación de la base imponible se han dado muchas respuestas.

Así, se ha preferido una regulación plena de la base imponible a través de normas puramente fiscales antes que confiar en el resultado contable consolidado corregido a efectos fiscales. A pesar de ello no son excesivos los preceptos dedicados a la determinación de la base imponible, previa a la consolidación, tan solo 34, más el artículo 4 dedicado a las definiciones, algunas de las cuales hacen referencia, precisamente, a la base imponible.

Aunque, como se ha indicado, las normas contables quedan preteridas, la redacción de esos 34 artículos bebe en las fuentes contables. No podía ser de otra manera, ya que la materia imponible es el beneficio de la empresa, esto es, una magnitud derivada del cálculo establecido por las normas contables.

Para calibrar adecuadamente ese articulado hubiera sido muy conveniente disponer de una información comparativa con la normativa de los distintos Estados miembros, lo que habría permitido delimitar cuál ha sido, en su caso, el que podríamos denominar ordenamiento u ordenamientos de referencia.

En lo que a España concierne, lo que podríamos llamar la filosofía general de esos 34 artículos relativos a la base imponible, nos es próxima, pero hay algunas desviaciones notables, como las relativas a las pensiones (art. 26) y gran parte de la regulación de las amortizaciones (Capítulo VI).

La renta que captura esa base imponible es la renta mundial de todas y cada una de las entidades que forman parte del grupo de empresas europeo. No se distingue entre renta europea y renta extraeuropea.

Pero ciertas rentas, sean europeas o extraeuropeas, están exentas para evitar la doble imposición de beneficios. En este sentido están exentos, bajo ciertas condiciones, los dividendos y las plusvalías derivadas de la transmisión de acciones, así como la renta obtenida a través de establecimiento permanente (art. 11).

Con ello la propuesta de directiva se inclina, plenamente, por la denominada neutralidad en la importación de capitales frente a la denominada neutralidad en la exportación de capitales, probablemente porque los Estados miembros más relevantes, entre ellos España, tienen establecidos métodos de exención respecto de los dividendos y plusvalías de cartera de fuente extranjera⁵⁹. Ahora bien, el pensamiento fiscal en este punto, crucial de la fiscalidad internacional, dista mucho de estar cerrado⁶⁰.

⁵⁹ CALDERÓN CARRERO, J.M.: «La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación», Capítulo 10 de la obra colectiva *Fiscalidad Internacional*, dirigida por SERRANO ANTÓN, F.

⁶⁰ *Joint Committee on Taxation. Present Law and Issues in US Taxation of Cross-Border Income* (2011).

La base imponible refleja la renta del grupo de empresas europeo. Por tanto, la renta consolidada. Es opinable si el proyecto que, en su redacción actual, dedica tan solo a la regulación de la consolidación tres artículos (arts. 57, 58 y 59), construye la base imponible común consolidada partiendo de la suma de las bases imponibles de las entidades que se integran en el grupo y la depura de las operaciones internas, o parte de la diferencia entre los ingresos y los gastos agregados para proceder en un segundo momento a esa depuración.

En cualquier caso, lo relevante es el tratamiento que deba darse a los fondos de comercio que pudiera albergar el balance consolidado. A primera lectura esta cuestión no aparece resuelta, o, tal vez, el silencio respecto de la misma sea deliberado, pues si el punto de partida para determinar la base imponible consolidada está constituido por las bases imponibles individuales, huelga toda mención a los fondos de comercio del balance consolidado.

3.2.5. La fórmula de reparto predeterminada

Esta es la gran incógnita del proyecto. En efecto, la literatura relativa a la base imponible y a la consolidación es familiar. La concerniente a la fórmula de reparto predeterminada no lo es.

Los 17 artículos del Capítulo XVI carecen de referentes en la imposición sobre los beneficios europea.

Los tres factores utilizados, esto es, ventas, salarios y número de asalariados, y activos (art. 86), no es claro que tengan la virtud de distribuir la renta entre las entidades del grupo de manera equitativa en razón a la importancia de la actividad económica que cada una de ellas realiza.

Se han excluido de la fórmula los activos móviles (art. 92), tales como los intangibles y los financieros, lo cual parece inexcusable si se desea evitar la manipulación, pero ello va en demérito de la calidad del reparto, en particular por lo que se refiere a los intangibles.

La regla general de imputación de las ventas es el lugar de destino (art. 96), el cual no es fácil de determinar en todo caso. Por otra parte, las ventas internas no computan, de manera tal que parece dejarse en desventaja a las entidades que operan, básicamente, para otras entidades del grupo.

Hay reglas especiales (arts. 98 a 101) para algunos sectores (financiero y asegurador, petróleo y gas, transporte marítimo, fluvial y aéreo). Así, en el sector del petróleo y gas se imputan las ventas a la entidad que extraiga o produzca, por tanto no a las que comercializan, de manera que se entiende que aquella entidad desempeña la actividad económica crucial. ¿Por qué no se entiende así respecto de las entidades que extraen minerales o los depuran, o a las que explotan canteras...? Las entidades de transporte mencionadas se excluyen del cálculo de la fórmula. ¿Por qué no excluir a las de transporte por tierra?...

En fin, la cláusula de salvaguardia (art. 87), en cuya virtud *si el sujeto pasivo principal o una autoridad competente considera que el resultado de la distribución atribuido a un miembro del grupo no representa debidamente el volumen de actividad de ese miembro del grupo, el sujeto pasivo*

principal o la autoridad competente en cuestión podrá solicitar que se aplique un método alternativo, denota, por sí sola, las incertidumbres que desata la fórmula de reparto predeterminada.

3.3. La convergencia por la competencia

También explica la exposición de motivos por qué no se aborda la convergencia de los tipos de gravamen. En efecto, se trata de *mantener un cierto grado de competencia fiscal dentro del mercado interior; y esta competencia fiscal leal basada en los tipos brinda mayor transparencia y permite a los Estados miembros tener en cuenta tanto su competitividad en el mercado como sus necesidades presupuestarias a la hora de fijar sus tipos impositivos... la determinación de los tipos se considera una cuestión inherente a la soberanía tributaria de los Estados miembros y, en consecuencia, corresponde regularla en la legislación nacional.*

De esta manera la Comisión se alinea con las tesis favorables a la denominada convergencia por competencia, que, muy probablemente, está detrás del descenso generalizado del tipo nominal de gravamen en la última década. Más difícil es explicar la apelación a la soberanía, ya que, por definición, toda armonización implica una mengua de la soberanía.

No es claro que la armonización de la base imponible no restrinja la soberanía y sí lo haga la del tipo de gravamen.

Nótese que a través de la configuración de la base imponible se pueden ejecutar políticas extrafiscales, como puede ser el caso de la exteriorización de las pensiones como requisito de deducción, de la aceleración de amortizaciones como estímulo a la inversión puntual, o, en fin, de la subcapitalización como control del endeudamiento empresarial, entre otras.

Lo que sí es claro es que el establecimiento de una horquilla de tipos de gravamen es una operación incomparablemente más sencilla que la implementación del sistema CCCTB. Y también está claro que el sistema CCCTB no es incompatible con esa horquilla.

También aquí hay campo para el debate. Así, se ha llegado a afirmar que la ausencia de una armonización consistente de la imposición sobre los beneficios impide el disfrute efectivo de las libertades comunitarias ⁶¹, pero también se ha reconocido un cierto efecto beneficioso a la competencia fiscal legítima y morigerada en el contexto de unas líneas básicas de armonización ⁶².

Y ya en el punto específico de la horquilla de tipos de gravamen se ha llegado a indicar que su abandono rompía el equilibrio entre varios objetivos deseables ⁶³.

⁶¹ GARCÍA-HERRERA, C. y HERRERA MOLINA, P.: «El Tribunal de Justicia ante una encrucijada: ¿Rectificar la jurisprudencia o desintegrar la fiscalidad internacional en Europa?», Capítulo VI de la obra colectiva *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, dirigida por COLLADO YURRITA, M.A. y MORENO GONZÁLEZ, S.

⁶² CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Los límites difusos entre la competencia fiscal lesiva y beneficiosa: una reflexión sobre la necesidad de armonizar la imposición directa», Capítulo VIII de la obra citada en el número precedente.

⁶³ NIJKAMP, H.: «Ambitious plan for EU Company tax reform fails to address critical issues». *EC Tax Review 2002-1*. Sostiene la autora que por ambicioso que el plan Bolkestein pueda parecer, falla en establecer una relación adecuada entre la base de imposición, el tipo de gravamen y la acción de la Unión Europea en el campo de la competencia fiscal dañina.

3.4. La denominada ventanilla única

Finalmente, la exposición de motivos desgana una consideración respecto de la gestión del sistema CCCTB, afirmando que *los grupos de empresas tendrán que aplicar un único conjunto de normas fiscales en toda la Unión y tratar únicamente con una sola administración tributaria (ventanilla única)*. Este es probablemente el efecto más importante del sistema CCCTB desde la perspectiva político-administrativa.

Así, una entidad que tenga su residencia y opere en un determinado Estado miembro no se relacionará con la administración fiscal del mismo si la entidad dominante reside en otro Estado miembro.

La ventanilla única es el corolario del sistema CCCTB. En efecto, si hay base imponible consolidada referida al grupo de empresas en cuanto unidad fiscal, parece coherente que también haya una sola jurisdicción fiscal con la que el grupo de empresas, a través de la entidad dominante, entable las relaciones derivadas de la aplicación de ese sistema. Y así lo regula el Capítulo XVII, bajo el título, en apariencia modesto, de *Administración y Procedimientos*. En su virtud, la declaración relativa a la base imponible consolidada, las inspecciones, los recursos administrativos, y también los judiciales, entre otros aspectos, se residencian ante la jurisdicción donde reside la entidad dominante.

Una visión optimista, o miope, de lo que supone la denominada ventanilla única, podría imaginar una distribución proporcionada de las entidades dominantes entre las distintas jurisdicciones fiscales. Una visión pesimista, o aguda, podría imaginar la concentración de las entidades dominantes en un selecto ramillete de jurisdicciones fiscales, dando así lugar, en términos ya utilizados por los teóricos de las relaciones internacionales a jurisdicciones fiscales centrales y periféricas ⁶⁴. ¿Qué posición ocuparía España? ⁶⁵

Ese penúltimo Capítulo XVII tal vez contenga un embrión de fragmentación cualitativa de las jurisdicciones fiscales en las que se aplique el sistema CCCTB. Su trascendencia político-administrativa es superlativa, al punto que el parlamento danés ha formulado una observación en este sentido ⁶⁶. Tampoco ha escapado al parlamento español este aspecto, ya que lo destaca como uno de los elementos esenciales del proyecto, aunque no formula observación crítica alguna ⁶⁷.

⁶⁴ KERBO, H.: «Estratificación Social y Desigualdad». Capítulo 8, redactado sobre la base de la teoría del sistema de estratificación mundial de Wallerstein

⁶⁵ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. Teme el autor que *la adopción de este sistema podría convertir a España en un país residual para las compañías multinacionales... es posible que estas elijan a otros países para establecer sus cabeceras de grupo europeas... por su reputación como Administraciones ágiles y que otorgan gran seguridad a tales compañías, como es el caso de los Países Bajos. De otro lado y en sentido totalmente distinto, por su mayor relajación en la práctica de las comprobaciones... En caso de producirse el efecto indicado, España padecería una relevante pérdida de poder ante el mundo económico internacional...* (Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad 7/2011).

⁶⁶ Danish Parliament. Opinion as regards the Commission's Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base, punto 7.

⁶⁷ BOCG, núm. 430, 17 de mayo de 2011. Control del principio de subsidiariedad.

ARMONIZACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE COMÚN Y CONSOLIDADA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (I): OBJETO, CARACTERÍSTICAS, ÁMBITO Y PRINCIPIOS DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN

JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho

Extracto:

LA coexistencia de tantos impuestos sobre sociedades como países miembros tiene la UE plantea importantes problemas a las empresas europeas que proyectan sus actividades en el mercado único interior: doble o múltiple imposición, la imposibilidad de compensar pérdidas originadas por inversiones internacionales o valoración de operaciones de acuerdo con las normas de precios de transferencia. Con el objeto de paliar estas dificultades, la Comisión Europea ha propuesto la armonización del impuesto sobre sociedades bajo los siguientes términos: establecer unas normas de común aplicación para todas las sociedades que opten por acogerse al sistema propuesto en relación con el cálculo de la base imponible; disponer la consolidación fiscal de los grupos empresariales y respecto de sus centros de actividad radicados en Europa; establecer una fórmula para distribuir la base conjunta del grupo entre sus distintos miembros, con el objeto de que el Estado miembro correspondiente aplique el tipo de gravamen nacional para determinar la deuda tributaria que le deban ingresar. El régimen está abierto a corporaciones procedentes de países terceros, que lo podrán aplicar por las actividades que desarrollen en Europa a través de filiales o sucursales aquí establecidas. En cuanto a los principios que lo inspiran, se siguen los clásicos de la imposición sobre sociedades: devengo, prudencia, no compensación, uniformidad, etc. Por otra parte, la propuesta opta por la determinación de la base mediante el cómputo de ingresos con deducción de gastos y otras partidas deducibles y excluye el método de cálculo mediante diferencias en el valor del patrimonio determinado al principio y al final del periodo impositivo. Persigue agotar toda la regulación necesaria sin apoyarse en el resultado contable.

Palabras clave: Unión Europea, armonización, impuesto sobre sociedades, base imponible y consolidación.

HARMONIZATION OF THE COMMON CONSOLIDATED TAX BASE OF THE CORPORATE TAX: OBJECT, CHARACTERISTICS, SCOPE AND PRINCIPLES OF THE COMMISSION PROPOSAL

JUAN LÓPEZ RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho

Abstract:

THE coexistence of as many corporate taxes as member States of the EU leads European business with activities in the single internal market to face important problems: double or multiple taxation, the impossibility to compensate losses deriving from their international investment or valuing transactions according to the transfer pricing principles. With a view to solve these difficulties, the European Commission has proposed harmonizing corporate tax according to the following conditions: common rules applicable to all companies opting for the proposed system in relation to the calculation of the tax base; tax consolidation of business groups and concerning their centres of activity placed in Europe; formula to apportion the consolidated tax base of the group among its members so that the corresponding Member State can apply the national tax rate to settle the tax debt to be paid. The regime is open to corporations from third countries, which will be able to apply it as regards their activities run in Europe through subsidiaries or branches established there. Concerning the principles that inspire the proposal, it follows those commonly found in corporate tax: accrual, prudence, non-compensation, uniformity, etc. On the other hand, the proposal opts for the determination of the tax base by computing income and deducting expenses and other deductible items; it excludes the calculation method based on the difference in balance sheets at the beginning and at the end of the tax year. It tries to offer a full regulation without referring to the accounting result.

Keywords: European Union, harmonization, Corporate Tax, tax base and consolidation.

Sumario

- I. Objeto y fines de la armonización de la base del impuesto sobre sociedades.
- II. Sistema de fuentes jurídicas para las entidades acogidas al régimen de armonización.
 - II.1. Ámbito intraeuropeo.
 - II.2. Relaciones fiscales con Estados no miembros de la UE.
 - II.3. Relaciones entre la directiva de la base común y las existentes para la armonización de elementos parciales del impuesto.
- III. Características del régimen de armonización propuesto.
 - III.1. Armonización parcial de los elementos tributarios del impuesto.
 - III.2. Armonización parcial del ámbito subjetivo del impuesto.
 - III.3. Régimen opcional y simultaneidad con la imposición nacional general sobre la renta de sociedades.
 - III.4. Régimen armonizado excluyente del régimen nacional.
 - III.5. Base imponible consolidada común y distribuable.
 - III.6. Ámbito territorial de la UE.
 - III.7. Aspiración a la neutralidad.
 - III.8. Aspiración a la uniformidad.
- IV. Ámbito y alcance de la armonización.
 - IV.1. Ámbito material: base imponible del impuesto sobre sociedades.
 - IV.2. Ámbito territorial.
 - IV.3. Ámbito personal.
- V. Principios de la base imponible armonizada.
 - a) Principio de devengo.
 - b) Principio de prudencia.
 - c) Principio de no compensación.
 - d) Principio de uniformidad.
 - e) Principio de registro.
 - f) Autonomía respecto de la contabilidad.
 - g) Sustancia sobre la forma.
 - h) Simplicidad, transparencia, seguridad jurídica y aplicabilidad.

NOTA: Para consultar los documentos citados en el presente trabajo, pueden ir a la siguiente dirección de Internet:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.htm

Para contactar con el autor: juan.lopez-rodriguez@ec.europa.eu

Nota del autor: este trabajo pretende introducir al lector en los elementos característicos esenciales de la propuesta de la Comisión para una base imponible común consolidada en el impuesto sobre sociedades. De esta forma, hay referencias a diversos elementos tributarios cuyo desarrollo pormenorizado se encontrará en trabajos posteriores del autor sobre esta misma materia.

I. OBJETO Y FINES DE LA ARMONIZACIÓN DE LA BASE DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

La propuesta para armonizar la base imponible del impuesto sobre sociedades y proponer un régimen para su consolidación transfronteriza en la Unión Europea (UE) arranca de la comprobación de la existencia de una serie de ineficiencias económicas derivadas de la coexistencia de hasta 27 jurisdicciones fiscales con impuestos sobre sociedades diferentes, los correspondientes a cada uno de sus Estados miembros, en un mercado que pretende estar integrado y ser único.

El presupuesto de la UE no se financia a través de impuestos exigidos directamente a los ciudadanos por las Instituciones europeas. Estos se exigen por los Estados miembros. Es natural que así sea puesto que son estos últimos quienes mantienen el protagonismo del gasto público. Debemos recordar que el presupuesto europeo no alcanza en la actualidad al 1 por 100 del Producto Interior Bruto (PIB), cuando la media en los países de la UE para 2010 según la base de datos AMECO de la Dirección General ECOFIN de la Comisión Europea, elaborada a partir de la información de EUROS-TAT, es del 51,1 por 100 del PIB. Es decir, siguen siendo los Estados quienes asumen fundamentalmente el peso del gasto público.

De esta forma, la política fiscal sigue siendo una cuestión principalmente estatal. La armonización fiscal en la UE es una política extrafiscal que encuentra justificación en la necesidad de eliminar los obstáculos que los impuestos puedan imponer o suponer para el funcionamiento del mercado interior, tal y como indican los artículos 113 y 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Es decir, se trata de contribuir a la integración de los mercados de todos sus Estados miembros.

Este contexto y la dificultad para llegar a acuerdos en el Consejo ECOFIN para armonizar la imposición empresarial debido a que se requiere unanimidad, venían determinando resultados escasos en el proceso de coordinación. Hasta la fecha, solo existen normas europeas dirigidas a regular la tributación de los siguientes elementos:

- La tributación en el impuesto sobre sociedades y en el impuesto sobre la renta de no residentes de las plusvalías por transmisión de activos con ocasión de operaciones de fusión, escisión total, escisión parcial o aportaciones no dinerarias a sociedades ¹.
- La tributación en el impuesto sobre sociedades, en el impuesto sobre la renta de las personas físicas y en el impuesto sobre la renta de no residentes de las plusvalías por transmisión de acciones o participaciones en sociedades como consecuencia de operaciones de fusión, escisión total o parcial o canjes de valores ².

¹ Su regulación se encuentra en la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro (DOUE L 310 de 25.11.2009).

² Véase nota 1.

- La tributación en el impuesto sobre sociedades, en el impuesto sobre la renta de las personas físicas y en el impuesto sobre la renta de no residentes de las plusvalías latentes en activos propiedad de la entidad o en acciones o participaciones de sus accionistas o cooperativistas en caso de traslado del domicilio social desde un Estado miembro de la UE a otra, tratándose de sociedades europeas o de sociedades cooperativas europeas ³.
- La tributación en el impuesto sobre sociedades y en el impuesto sobre la renta de no residentes de los dividendos y las participaciones de beneficios satisfechos por sociedades filiales a sus matrices ⁴.
- La tributación en el impuesto sobre la renta de no residentes de los cobros en concepto de intereses y cánones, satisfechos entre sociedades asociadas ⁵.

Frente a este contexto parcial y limitado, la Comisión Europea ha venido trabajando y analizando los distintos problemas que la ausencia de una adecuada concertación fiscal venía provocando para hacer efectiva la integración de las economías de los Estados europeos. De esta manera, hizo pública una Comunicación, dirigida al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, bajo el título «Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria» [COM (2001) 582] adoptada junto con el Estudio sobre Tributación de Sociedades en el Mercado Interior, SEC(2001) 1681, en la que identificó varios ámbitos en los que los sistemas de imposición de las empresas contendrían obstáculos para el comercio, el establecimiento y la inversión transfronterizos, conducirían a ese tipo de barreras o dificultarían la actividad económica transfronteriza en el mercado interior. Las cargas adicionales fiscales o de cumplimiento asociadas con la actividad empresarial en más de un Estado miembro y así causadas socavarían la competitividad internacional de las empresas europeas y supondrían pérdidas de recursos. En particular, este documento menciona como:

- Los beneficios se atribuyen de acuerdo con el principio de valoración a precios de mercado por medio de contabilidad separada, es decir, para cada transacción individual. Esto da lugar, entre otras cosas, a numerosos problemas en el tratamiento fiscal de la determinación de los precios de transferencia, que se concretan sobre todo en elevados costes de cumplimiento y en doble imposición potencial. Son claras las dificultades para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas que, en la mayoría de las ocasiones, no encuentran otras equiparables en el mercado precisamente por la dinámica de funcionamiento y la organización específica de los grupos empresariales internacionales. Estas mismas razones conducen a que los valores de mercado tampoco reflejen de forma adecuada sus dinámicas y los métodos de asignación de valor y precio dentro de su operativa.
- Los flujos transfronterizos de ingresos entre empresas asociadas a menudo están sujetos a retención en la fuente. En especial, estos pagos sobre dividendos, intereses y cánones entre

³ Véase nota anterior.

⁴ Su regulación se encuentra en la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225 de 20.8.1990).

⁵ Su regulación se encuentra en la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DO L 157 de 26.6.2003).

empresas del mismo grupo corren el riesgo de verse sometidos a doble imposición y no se ajustan a la idea del mercado interior. Incluso cuando se elimina la doble imposición con la imputación de la retención en la fuente, suele suceder que su cálculo se efectúa sobre parámetros diferentes (retención sobre el ingreso bruto e impuesto doméstico sobre renta neta) de donde resulta que las operaciones transfronterizas quedan sujetas a un gravamen mayor que el soportado por las operaciones puramente nacionales.

- Hay limitaciones importantes en la compensación transfronteriza de pérdidas que pueden dar origen a doble imposición económica. Generalmente, las pérdidas de las filiales no tienen repercusiones fiscales en sus empresas matrices.
- El resultado de los conflictos entre derechos impositivos sobre las operaciones entre Estados miembros es un considerable potencial para la doble imposición. Los convenios de doble imposición resuelven algunos de estos problemas. Sin embargo, lo hacen en función de las relaciones bilaterales existentes entre los Estados miembros y las soluciones que ofrecen varían en función de cada par. Por tanto, su contenido así como su interpretación varían en función de cada relación fiscal. Debe añadirse que hay relaciones entre Estados miembros para las que no existe tratado aplicable. Finalmente, existen dudas y dificultades para determinar qué convenio se aplica y cómo a las situaciones triangulares, aquellas que involucran a más de dos Estados miembros: pagos de una sociedad de un Estado miembro al establecimiento permanente situado en otro Estado de la sociedad de un tercero, por ejemplo.
- Algunos sistemas impositivos favorecen la inversión nacional. Este es, por ejemplo, el caso de los sistemas de imputación, vigentes todavía en varios Estados miembros, que reservan a los accionistas nacionales la concesión de créditos fiscales específicos. En tales casos, la imposición sobre las transacciones transfronterizas suele ser más gravosa que la exigida a operaciones idénticas puramente nacionales.
- La mayor parte de estos problemas se derivan del hecho de que las empresas de la UE tienen que respetar hasta 27 normativas diferentes. En un contexto en el que se impone gradualmente a los ojos de los empresarios la consideración de la UE como un mercado único, este hecho dificulta la eficacia económica de los planes y estructuras empresariales. La multiplicidad de leyes, acuerdos y prácticas fiscales implica importantes costes de cumplimiento y representa en sí misma una barrera para la actividad económica.

Es en este contexto donde se plantea la armonización y la consolidación del impuesto sobre sociedades. De dicha comunicación resulta la conclusión de que solamente una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para las actividades empresariales a escala comunitaria podría:

- Reducir sensiblemente los costes de cumplimiento derivados de la coexistencia de tantos sistemas fiscales en el mercado interior.
- Reducir de forma sensible en la UE los problemas de fijación de precios de transferencia.
- Permitir la compensación y consolidación global de los beneficios y pérdidas a escala europea.
- Simplificar la imposición sobre muchas operaciones internacionales de reestructuración.

- Reducir, sin interferir en el tratamiento fiscal de las personas físicas, algunas de las complejidades derivadas de la coexistencia de los planteamientos clásicos y los de exención en la tributación internacional.
- Evitar o reducir numerosos casos de doble imposición derivados de las insuficiencias puestas de manifiesto por la actual red incompleta de convenios de doble imposición, así como disminuir las dificultades creadas por la falta de uniformidad en su aplicación.
- Acabar con muchas situaciones y restricciones que derivan de normas internas que no cumplen con el principio de no discriminación o con los postulados de las libertades de la UE sobre libre circulación, que tanta conflictividad jurídica están provocando.

Por tanto, se trata de un proyecto que persigue concertar de forma global e íntegra la base imponible del impuesto sobre sociedades correspondiente a todas las operaciones del sujeto pasivo. Adicionalmente, pretende la consolidación fiscal de todas las entidades localizadas en territorio europeo que se integren en el grupo fiscal que se defina. Se trata de una propuesta que supera el marco vigente, limitado a determinadas categorías de renta derivadas por determinado tipo de operaciones, tal y como se describió anteriormente.

II. SISTEMA DE FUENTES JURÍDICAS PARA LAS ENTIDADES ACOGIDAS AL RÉGIMEN DE ARMONIZACIÓN

II.1. Ámbito intraeuropeo

La pretendida armonización de la base común adopta la forma de propuesta de directiva, típica fuente de Derecho comunitario derivado utilizada en la armonización fiscal. Se caracteriza por dirigirse a los Estados miembros, quienes están obligados a su transposición al Derecho interno a través de su propio sistema de fuentes jurídicas. Tratándose de normativa tributaria sujeta al principio de reserva de ley, en el caso español deberá ser una norma con tal rango. Tal implementación es necesaria en la medida en que la disposición armonizadora no agota la regulación completa de la base imponible y no se dirige a los contribuyentes, respecto de quienes no puede establecer obligaciones dirigidas a la exacción de tributos.

Como fuente de Derecho derivado, debería respetar y cumplir con las previsiones del Tratado de la UE (TUE) y del TFUE: la Directiva vendría a dar satisfacción a uno de sus objetivos principales, el buen funcionamiento del mercado interior, cuya definición y características básicas vienen allí establecidas.

Por otra parte, las directivas tienen otras consecuencias jurídicas, además de imponer el deber de transposición nacional. En caso de falta de transposición o implementación errónea, los particulares pueden confiar y obtener la aplicación de sus previsiones por parte de los Tribunales y la Administración. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), caso C-41/74 *Van Duyn*, entre otros, mantiene que las directivas tienen efectos directos y pueden ser invocadas por los

particulares una vez transcurrido el plazo establecido para que las autoridades nacionales la transpongan, siempre que sus previsiones sean suficientemente claras y precisas. Debe añadirse el valor hermenéutico que tiene tal tipo de disposición europea para la debida aplicación de las normas nacionales de transposición, ya que estas traen causa y tienen el fin de dar cauce al mandato comunitario.

Estas provisiones priman sobre las normas internas de acuerdo con su mayor jerarquía, lo que deriva del principio de competencia. Armonizado este ámbito tributario, pasa a ser potestad de la UE. Sus consecuencias se recogen en el artículo 7 de la propuesta, donde se establece que las sociedades que opten por el régimen común dejarán de estar sujetas a las disposiciones nacionales de imposición sobre sociedades respecto de aquellas materias a las que alcance la armonización.

Esta primacía se extiende a los convenios de doble imposición suscritos entre Estados miembros, tal y como se expone en el artículo 8 de la propuesta. De esta manera, cuando se trate de una materia regulada en la directiva, la misma prima respecto de tal tratado fiscal. La eficacia de este último persistirá para aquellas no cubiertas por la armonización. Van a ser relevantes las precisiones de la directiva que regula la determinación de la base imponible por las rentas mundiales atribuibles a los contribuyentes residentes en la UE. Mayor relevancia van a tener las siguientes disposiciones:

- El artículo 11, donde se declaran exentas determinadas rentas que pueden tener carácter transfronterizo. En particular pueden ser relevantes las letras c) y d) que se refieren a las plusvalías de cartera y a dividendos.
- El artículo 72 que establece la exención con progresividad respecto de las tales rentas intra-comunitarias.
- El artículo 76, que recoge los métodos para eliminar la doble imposición internacional.
- El artículo 77, que permite la práctica de retenciones en la fuente sobre intereses y cánones de acuerdo con las normas internas o las incluidas en los convenios de doble imposición. Esta previsión debe analizarse a la vista de la directiva sobre retenciones a practicar respecto de estos mismos tipos de pagos cuando tienen lugar entre sociedades asociadas.
- Los artículos 78 y 79, relativos a precios de transferencia entre entidades asociadas.
- El artículo 84, relativo a entidades transparentes y el correspondiente régimen de atribución de rentas.

II.2. Relaciones fiscales con Estados no miembros de la UE

El régimen tributario aplicable a operaciones de contribuyentes de la UE con Estados terceros requiere un análisis específico. Hay cuatro casos a resolver: las rentas obtenidas por entidades acogidas al régimen armonizado en países terceros, según que se deriven de establecimiento permanente ubicado en el mismo o no. Por otro lado, las que obtengan en territorio europeo sociedades procedentes de países terceros, mediante o sin mediación de establecimiento permanente.

a) Rentas obtenidas por europeos en el exterior mediante establecimiento permanente

En el primer grupo de casos, rentas obtenidas en el exterior de la UE por sociedades en régimen armonizado, surge como cuestión previa la determinación de la existencia de establecimiento permanente. A tal efecto, el artículo 5 de la propuesta recoge un concepto cuyo origen se encuentra en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE (MCDI) al que nos referiremos más adelante. Cuando tal concepto no coincida con lo previsto en el convenio bilateral aplicable en las relaciones con el Estado tercero, resultará relevante recordar el artículo 351 del TFUE así como la jurisprudencia que lo desarrolla. En el asunto C-364-365/95, *Port*, se puede leer que para que una disposición europea sea desprovista de sus efectos como resultado de la aplicación de un convenio internacional deben cumplirse dos condiciones: tal acuerdo debe haberse celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y el país tercero concernido debe derivar derechos que requieran ser respetados por los Estados miembros. La sentencia se refiere a las disposiciones del Derecho originario y se refiere a 1 de enero de 1958, fecha de entrada en vigor del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Esta conclusión arranca de la obligación de los Estados miembros de cumplir las previsiones de los acuerdos fundacionales europeos una vez suscritos y como consecuencia de la obligación de atenerse a los mismos incluso en sus relaciones con terceros países, siempre que las previsiones europeas sean relevantes. Entendemos que en caso de Derecho derivado, la doctrina es aplicable por las mismas razones, la sujeción a los compromisos así adquiridos, si bien la fecha de referencia vendrá determinada por la propia de la eficacia de la disposición en cuestión. Así debe entenderse incluso cuando tenga como efecto primar una norma nacional sobre otro convenio internacional, en la medida en que la disposición interna traiga causa y se explique en la necesidad de dar cauce y atender a imperativos superiores.

En el caso referido, sí que están en juego los derechos de gravamen del Estado tercero. Por tanto, este gravará esas rentas como obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

En cuanto al tratamiento que debiera producirse en sede de la entidad surgen dudas. Podría defenderse un trato homogéneo con el producido en la fuente y considerar las rentas como obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Ahora bien, esta solución hace primar el marco de relaciones fiscales entre el Estado tercero y el Estado miembro así como da eficacia a las normas fiscales internas habilitadas por el convenio bilateral, cuando el sujeto pasivo ha optado por un régimen armonizado europeo que precisamente excluiría la solución nacional. La cuestión es esencial, porque si se tratara de establecimiento permanente según la propuesta, se trataría de un supuesto de rentas exentas, salvo que se aplicara la norma anti-abuso de inversión al método de imputación. En caso contrario, sus rentas deberían integrarse en la base armonizada. Cabría considerar que el Estado miembro estuviera obligado por la directiva respecto de las sociedades que opten por el sistema armonizado, en la medida en que su cumplimiento no afectara ya a las obligaciones respecto del Estado tercero aunque lo hiciera respecto del sujeto pasivo. Así podría entenderse cuando se tratara de determinar el método para eliminar la doble imposición una vez que se hubiera resuelto de acuerdo con el convenio la distribución de la potestad tributaria. Se consideraría como tal establecimiento y se aplicarían las reglas armonizadas para tal caso. Esta tesis estaría dando prevalencia a las previsiones armonizadas una vez que el sujeto pasivo hubiera ejercido tal opción; según el artículo 7 de la propuesta, cuando una sociedad entre en el régimen común deja de estar sujeta a disposiciones nacionales en todos los aspectos regulados por la directiva que se adopte. Podría entenderse que esta previsión quedara asimismo referida a los convenios internacionales que pudieran afectar a tales disposiciones domésticas, so pena de impedir una plena homogeneidad de normas aplicables para determinar la base común. Podría añadirse que la consolidación de resultados de

los distintos miembros del grupo requeriría una imposición uniforme que no debiera alterarse por lo dispuesto por la multitud de convenios bilaterales que pudieran ser relevantes para el mismo. De lo contrario, se procedería a la distribución de una base heterogénea cuando la misma debiera ser común a, y en la que participan, una pluralidad de Estados miembros de la UE, todos interesados en mantener su participación equitativa en los ingresos fiscales correspondientes. Al mismo tiempo, otra solución facilitaría en mayor medida el arbitraje fiscal: los grupos tenderían a hacer depender sus establecimientos permanentes en terceros países de sus filiales que garantizaran el convenio más interesante. La interpretación que se defiende encuentra también respaldo en el principio de efecto útil del Derecho europeo.

Las reflexiones anteriores invitan a plantear la modificación de la red de convenios existentes con el objeto de adaptarse a este nuevo marco tributario. La cuestión es si tales tratados debieran modificar las políticas que articulan cuando el régimen armonizado se restringe respecto de determinados sujetos pasivos. Al menos sí cabría que tales reformas se produjeran respecto de quienes opten por el sistema armonizado.

En los casos en que no haya convenio fiscal aplicable, la tributación en el país tercero deberá resolverse de acuerdo con lo previsto en la normativa interna de este último; debe tenerse en cuenta que las previsiones de armonización no obligan más allá de la UE. La imposición en la UE se regirá de acuerdo con el régimen armonizado en términos semejantes a los anteriormente descritos.

Cuando la divergencia no surja, en el Estado tercero, no obligado por la armonización, el establecimiento permanente tributará de acuerdo con el convenio bilateral relevante o, en su defecto, y en su desarrollo, por lo que dispongan las normas internas vigentes en aquel. En cuanto al régimen armonizado, deberán tenerse en cuenta los siguientes preceptos:

- El artículo 11 letra e) establece la exención respecto de las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente ubicado en un Estado tercero. Esta norma de exención excluirá la eficacia de las normas de integración de los resultados en la base imponible y de los métodos de imputación para eliminar la doble imposición que puedan estar previstos en los convenios fiscales previstos con tales jurisdicciones, siguiendo las conclusiones antes referidas.
- El artículo 72, relativo a la exención con progresividad. ¿Puede esta norma desplazar las previsiones de un convenio de doble imposición que no tenga previsto el cómputo de la renta exenta para determinar el tipo aplicable? Se debe tener en cuenta que tal acuerdo, y en el aspecto que se analiza, genera una obligación de un Estado miembro para con un contribuyente residente en su propio territorio. La concurrencia de otra obligación para dicha jurisdicción, prevista en una directiva europea, puede hacer que esta última prevalezca de acuerdo con el principio de efecto útil y dado que tal solución no genera incumplimientos respecto del país tercero. En este sentido, son relevantes el artículo 351 del TFUE y su interpretación por la jurisprudencia antes referida.
- El artículo 73, que prevé la reversión de la exención del artículo 11, letra e), en la imputación de los impuestos satisfechos en Estados terceros no miembros de la UE en caso de que en los mismos resulte de aplicación un régimen fiscal de tributación sensiblemente bajo. El artículo 74 establece que, en tal caso, los ingresos y gastos del establecimiento permanente se computen de acuerdo con lo previsto en la propia propuesta. En cuanto a los efectos de esta norma sobre las previsiones de convenios con terceros países, baste referirnos a lo que se acaba de exponer.

- Los artículos 78 y 79 regulan las operaciones vinculadas y el principio de su valoración a precios de mercado. Debe tenerse en cuenta que se consideran asociados la casa central de sociedades europeas y sus establecimientos permanentes ubicados en países terceros.
- El artículo 81, sobre exclusión de la deducción del exceso en el pago de intereses sobre las condiciones normales de mercado a entidades asociadas de terceros países.

b) Rentas obtenidas por europeos en el exterior sin mediación de establecimiento permanente

La situación inversa en la que se repute la existencia de base fija de actividad en el país tercero según el tratado fiscal pero no de acuerdo con la directiva debe resolverse de acuerdo con los criterios antes referidos: la calificación de acuerdo con el acuerdo bilateral resuelve la tributación en el exterior, pero no debiera vincular la aplicación del régimen armonizado.

En cuanto a las rentas obtenidas por entidades acogidas a la armonización en Estados terceros sin mediación de establecimiento permanente de acuerdo con el sistema común, serán relevantes:

- El artículo 11, letras c) y d), que establece la exención de participaciones en beneficios y del producto por enajenación de acciones.
- Los anteriormente referidos artículos 72, 73 –respecto del art. 11 letras c) y d)–, 78 y 79.
- Las normas anti-abuso previstas en los artículos 81, sobre exclusión de la deducción del exceso sobre el valor normal de mercado en el pago de intereses a entidades asociadas de terceros países, 82 y 83, estos últimos sobre transparencia fiscal internacional.
- El artículo 85 regula la situación en que un Estado miembro grava un residente por las rentas transparentadas de una entidad establecida en un Estado tercero.

Respecto de las normas que rijan las retenciones en la fuente que puedan establecer Estados terceros sobre contribuyentes europeos bajo la armonización, debe tenerse en cuenta que, como es natural, no se trata de una cuestión que pueda abordar el Derecho europeo por falta de competencia: no puede establecer obligaciones respecto de jurisdicciones no europeas. Tales situaciones se regirán por las normas previstas en los convenios bilaterales de doble imposición suscritos con los distintos Estados miembros o en las normas internas de tales países. El artículo 76 de la propuesta contempla las fórmulas para eliminar la doble imposición en relación con estas retenciones.

c) Rentas obtenidas por no europeos bajo el régimen armonizado

En cuanto a la tributación de contribuyentes no residentes en los Estados miembros, la propuesta regula la situación de sus establecimientos permanentes, en la medida en que pueden optar por la aplicación del régimen armonizado bien como contribuyentes individuales o como miembros de un grupo consolidado. Esta solución tiene encaje con las previsiones de los convenios fiscales bilaterales previstos con Estados terceros. La norma general según el MCDI es que el Estado de ubicación del establecimiento permanente pueda gravarle por las rentas que le sean atribuibles. Y esta es la solución que sigue la propuesta, artículo 6.7, donde se encuentran las normas para determinar

la base imponible para su gravamen, las misma que las previstas para quienes residan en la UE, lo que daría satisfacción al principio de no discriminación previsto en los tales tratados fiscales.

Puede surgir el caso de que una entidad no residente no disponga de establecimiento permanente en la UE de acuerdo con la directiva que finalmente se adopte, pero sí que determine uno de acuerdo con lo dispuesto en un convenio de doble imposición. Puede ser el caso, por ejemplo, de obras de construcción de duración nueve meses. El artículo 5.2 de la propuesta requiere para estas una duración mínima de 12 meses; sin embargo, el convenio entre España y Argentina considera que existe tal base fija cuando las obras duran más de seis meses. En tal situación, no cabe acudir al régimen armonizado puesto que, de acuerdo con sus previsiones, no se puede ser contribuyente con establecimiento permanente; lo que no impide que la tributación de la operación se produzca de acuerdo con el acuerdo bilateral y la normativa interna de los Estados interesados, lo que puede conducir a la imposición de tal establecimiento permanente según la correspondiente relación bilateral entre el Estado miembro y el tercero.

En el caso contrario, cuando el supuesto de hecho sea el descrito como establecimiento permanente por la directiva pero no suceda lo mismo según el convenio bilateral con el Estado tercero, deberá tenerse en cuenta que están en juego los derechos de imposición de la jurisdicción tercera: tendría que aceptar la exención de las rentas del pretendido establecimiento permanente obtenidas en el Estado de la UE o admitir la deducción por impuestos pagados en este último bajo tal concepto. Por tanto, priman las previsiones del acuerdo bilateral. La sociedad no tendrá la opción por el régimen armonizado, al no poder determinarse tal base fija de imposición, y tributará según el convenio aplicable por las rentas obtenidas sin mediación del mismo. Cuando no exista convenio, nacerá la opción del sujeto pasivo por el régimen armonizado quien, de ejercerla, tributará bajo la modalidad de rentas obtenidas mediante tal establecimiento según lo dispuesto en el sistema común que se adopte, siempre que se cumpla con sus previsiones. Si no fuera así, se atenderá a la norma interna del Estado donde se genere la renta para determinar la modalidad correspondiente de imposición.

Las rentas obtenidas en la UE por residentes en Estados terceros sin mediación de establecimiento permanente y satisfechas por entidades europeas acogidas al régimen armonizado quedan al margen de su ámbito y seguirán rigiéndose por el sistema de normas internas o convenidas ya previsto. El artículo 77 así lo recuerda, cuando se remite a las normas internas de los Estados miembros y a sus convenios fiscales con Estados terceros para determinar la regulación de tal materia.

II.3. Relaciones entre la directiva de la base común y las existentes para la armonización de elementos parciales del impuesto

La propuesta aspira a convertirse en una directiva, con el mismo rango jurídico que las ya vigentes reguladoras de la armonización de determinados aspectos de la imposición sobre sociedades a las que antes nos referimos. Y sus campos de aplicación son asimismo coincidentes, lo que plantea la cuestión acerca de su primacía en la medida en que sus soluciones no sean plenamente coincidentes.

Los Tratados europeos no tienen nada establecido de forma específica por lo que la cuestión deberá resolverse de acuerdo con los principios generales del Derecho, propios del sistema jurídico común. En fin, debiera acudirse a la regla de que la norma posterior deroga a la anterior así como la que pueda resultar de la validez de la especificidad de determinadas reglas al regular aspectos con-

cretos. La propuesta de base común contiene una regulación sistemática y plena para la integración en el gravamen de todas las rentas que se pudieran obtener por los contribuyentes acogidos a la misma con independencia de cuál fuera su naturaleza o de las operaciones en las que pudieran surgir.

La lectura del borrador aclara muchas dudas, en particular cuando se observa que existen normas específicas para las rentas a que se refieren las directivas matriz-filial y la de intereses y cánones. En cuanto a la directiva de fusiones, podría ser relevante el precepto de la nueva propuesta que tiene por objeto las reestructuraciones empresariales dentro del grupo. Se usa el condicional porque esta última previsión no define qué entiende por tales, aunque el sentido común parece invitar a pensar que el objeto de regulación resultaría coincidente con el previsto en las normas ya vigentes, que quedarían en tal caso desplazadas.

III. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN DE ARMONIZACIÓN PROPUESTO

III.1. Armonización parcial de los elementos tributarios del impuesto

La propuesta de la Comisión aspira a armonizar la base imponible del impuesto, para lo que incluye normas sobre rentas exentas, ingresos computables, gastos y otras partidas deducibles, partidas no deducibles, compensación de bases imponibles negativas, reglas de imputación temporal y periodo impositivo. Estas disposiciones prevén tanto la tributación individual de entidades como la tributación conjunta; respecto de este último régimen, se establece el método de consolidación mediante la eliminación de las operaciones intragrupo, el perímetro de consolidación, normas para determinar ingresos y gastos en caso de entrada y salida del grupo, así como la compensación de bases imponibles negativas. También se recogen normas anti-abuso generales y específicas, incluida la transparencia fiscal internacional, y disposiciones para la imputación de bases imponibles en caso de entidades en régimen de transparencia fiscal. Finalmente, hay dos previsiones relativas a cuota y deuda tributaria referidas a las entidades que opten por este sistema.

III.2. Armonización parcial del ámbito subjetivo del impuesto

La armonización de la base del impuesto sobre sociedades requiere determinar el ámbito de sujetos pasivos a los que se refiere. En el proceso de discusión para la elaboración de la propuesta se planteó, como se recoge en el documento CCCTB\WP\040\doc\en, que no era necesario que se determinaran las entidades sujetas al impuesto de tal forma que la cuestión sobre la sujeción a gravamen siguiera descansando en las leyes fiscales nacionales. De esta manera, sigue dicho papel de trabajo, decidir qué empresas están o no dentro del ámbito de la imposición sobre sociedades seguiría estando completamente bajo la competencia de los Estados miembros. Prevalece el poder tributario estatal para determinar el ámbito de sujeción sobre otras pretensiones que concluyeran sobre la idea de que el mercado interior implicara la identificación de los agentes económicos que debieran participar de la coordinación fiscal y, lógicamente, conllevara una regulación europea que determinara quién debiera estar sujeto a un gravamen regido por principios armonizadores. Debe recordarse que la armonización del impuesto sobre el valor añadido sí recoge normas dirigidas a precisar quiénes son sus sujetos pasivos.

Así, el articulado de la propuesta no determina quién es sujeto pasivo del impuesto. De acuerdo con el artículo 4 (1), es sujeto pasivo la sociedad que opta por aplicar el régimen fiscal armonizado; sin embargo, tal definición es meramente semántica y persigue aclarar el alcance del término utilizado a lo largo de la propuesta. Para que tal condición se atribuya a una entidad, de acuerdo con el artículo 2.1, es necesario que se trate de entidades que sean sujetos pasivos de un impuesto sobre sociedades nacional, de tal manera que será la normativa de los Estados miembros la que determine previamente la sujeción al impuesto.

Esta solución plantea dos cuestiones adicionales: qué sucede con las entidades sujetas a un régimen de transparencia fiscal y con las actividades empresarias conducidas por personas físicas.

El texto propuesto no contempla el caso de entidades en transparencia fiscal; su lectura permite concluir que no parece que puedan encontrarse en el marco del régimen armonizado, ya que se regula la deuda tributaria de quienes opten por el mismo como el resultado de aplicar el tipo impositivo nacional sobre la cuota parte ajustada y se disponen las deducciones que puedan reducir esta (art. 103).

Otra de las consecuencias de estos planteamientos y de la regulación adoptada es que tampoco se encuentra mención a las entidades que puedan estar sujetas a un régimen de atribución de rentas; se trata de una cuestión a resolver por las leyes internas. Pero quien se encuentre en régimen de atribución y como consecuencia de no ser sujeto pasivo por el impuesto tampoco podrá optar por el régimen europeo.

En cuanto al gravamen de personas físicas, quedan fuera del marco armonizado. Así sucede con el resto de directivas hoy existentes para la armonización del gravamen de las actividades empresariales. El papel de trabajo mencionado argumenta que se trata de sujetos que no son normalmente activos en la esfera internacional. En todo caso, se intensifica la necesidad de adoptar una determinada forma organizativa si se quiere disfrutar de la coordinación tributaria en la UE.

La siguiente cuestión a abordar era la relativa a las áreas de actividad empresarial que deberían incluirse en la propuesta, esto es, qué sectores de actividad económica debían quedar afectados. En este aspecto, el documento señalado recoge la tesis de los servicios de la Comisión Europea: la base común debiera ser lo más amplia posible en la medida en que aspirara a eliminar el mayor número posible de obstáculos fiscales a las actividades transfronterizas en el mercado interior. El texto finalmente adoptado por esta Institución no requiere que las entidades ejerzan actividades empresariales o que estas sean las propias de sectores específicos de actividad, sin perjuicio de que recoja normas específicas para determinados sectores en la regulación de determinados aspectos. La exclusión de su ámbito de entidades que no desarrollen actividades empresariales, incluso cuando sean sujetos pasivos de la imposición sobre sociedades a nivel nacional resulta del ámbito personal delimitado en atención al tipo de forma social: limitar la coordinación a sociedades de forma capitalista, cooperativas y otras mercantiles caracterizadas por perseguir lucro, al tiempo que no incluir en el anexo de entidades cubiertas a formas como fondos, fundaciones, mutuas, asociaciones y otras.

Otra cuestión sensible para los Estados miembros era su deseo de excluir algunos sujetos de sus impuestos que estuvieran sujetos a disposiciones especiales debido a la especificidad de su objeto social o de las condiciones exigidas para su explotación. El documento antes señalado mencionaba de forma expresa el caso de sociedades de transporte marítimo que disfrutaran de un régimen especial de tonelaje. Así resulta de una iniciativa que se limita a regular el régimen general de impuesto y de su planteamiento como régimen optativo frente al que rija a los contribuyentes bajo las prescripciones

nacionales. De hecho, las previsiones de armonización se refieren a las entidades que cumplan las condiciones que establece su artículo 2, que incluye sociedades residentes y también las que no lo son cuando operen en territorio de la UE a través de establecimiento permanente. Como ya mencionamos, entre estas figuran la de tener una forma jurídica determinada. Por tanto, el ámbito de aplicación no será general e indiscriminado y queda restringido a determinadas formas sociales. Estas son las propias de las entidades mercantiles, aquellas cuyo objeto principal es la obtención de lucro.

En atención al fin de eliminar obstáculos fiscales transnacionales, podría haberse pensado en limitar este marco a quienes operasen en más de un Estado miembro. El documento antes citado especula que solo quienes operen en más de un país optarían por el régimen armonizado. También argumenta razonablemente que convertir esta condición en un requisito formal complicaría el sistema innecesariamente en la medida en que sería necesario definir lo que se considerase actividad transfronteriza; podría plantear además dudas de legalidad bajo la óptica de la normativa de ayudas de Estado puesto que podría verse como una ventaja el limitar la opción entre un régimen nacional y otro armonizado a quienes reuniesen determinadas características.

Finalmente, el sistema armonizado propuesto delimita su alcance en función del principio de territorialidad: se exige establecimiento en la UE, lo que se puede determinar en función de la residencia fiscal o del desarrollo continuado de actividades en su territorio a través de establecimiento permanente. Este principio también está presente cuando se exige constitución de acuerdo con las leyes de un Estado miembro; bien es verdad que esto mismo se plantea respecto de entidades procedentes de países terceros, pero contempla solo el caso en que desarrollen actividades en la UE. También se perfila su campo bajo la aspiración de cubrir solo actividades empresariales con fin de lucro: se exige forma mercantil o similar de la que naturalmente resulta un objeto de actividad que implica intervenir en el tráfico empresarial en busca de lucro. En todo caso, debe tratarse de sujetos pasivos de impuestos sobre la renta de sociedades bajo sus leyes nacionales, siendo estas las que predeterminan el marco subjetivo.

III.3. Régimen opcional y simultaneidad con la imposición nacional general sobre la renta de sociedades

Las sociedades que cumplan con los cuatro requisitos previstos, a los que más adelante aludiremos, pueden optar voluntariamente por el sistema previsto en la directiva, de acuerdo con el artículo 6.1. En el caso de entidades que formen grupo según se define en el artículo 55, la opción por el régimen armonizado conduce obligatoriamente a determinar la base imponible en régimen de consolidación, o así parece desprenderse del artículo 57, donde se estipula que las bases imponibles de los miembros de un grupo deberán consolidarse. Por añadidura, el artículo 6.2 atribuye este mismo derecho de opción a las sociedades no residentes en la UE que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, al que luego se aludirá, en relación con los establecimientos permanentes de que dispongan en territorio europeo.

Surge la duda acerca del alcance de la opción pues las prescripciones no son muy claras. Del artículo 6, apartados 1 y 2, parece desprenderse el carácter individual de este derecho, de tal forma que sería atribuido y se debería ejercer por cada entidad en particular. Esta opción, ¿obliga al resto de entidades susceptibles de consolidación con quien la ejerce? La respuesta no se antoja evidente tras la lectura de la propuesta. Parece que, ejercida la misma, la solución requiere dar entrada a la prescripción del artícu-

lo 55 que, de forma imperativa, establece que un sujeto pasivo –definido en el art. 4 (1) como toda sociedad que haya optado por aplicar el régimen armonizado– formará un grupo con todos sus establecimientos permanentes europeos, con establecimientos permanentes europeos de sus filiales consolidables –por reunir las condiciones mínimas de participación– residentes en países terceros, con todas sus filiales consolidables europeas o con otras sociedades hermanas europeas, todas filiales de una matriz residente de un tercer país. En caso de sociedades no residentes, el grupo lo forman sus establecimientos permanentes europeos y todas las filiales consolidables residentes en la UE, incluidos los establecimientos permanentes europeos de estas últimas. Por añadidura, el artículo 57 también acude a una fórmula imperativa al disponer que se *consolidarán todas las bases imponibles de los miembros de un grupo*.

Estas conclusiones se ven reforzadas en las disposiciones relativas a la gestión administrativa de la consolidación, cuando el artículo 104 regula la notificación de la opción por el régimen armonizado: su apartado 1 regula la ejercida por el sujeto pasivo individual y el segundo establece que la notificación así efectuada *afectará* a todos los miembros del grupo.

De esta forma, la elección realizada por una sociedad obliga a todas las filiales y establecimientos permanentes que están dentro del perímetro de consolidación –hermanas en caso de filiales de no residentes– y reúnen los requisitos para la armonización. Sin embargo, no obliga a las matrices que puedan ejercer su control.

Esta decisión es temporal: inicialmente dura cinco periodos impositivos, que se renuevan por periodos de tres ejercicios fiscales de forma automática, salvo que los interesados notifiquen con carácter previo su intención de salirse del sistema armonizado (art. 105.1). Parece que puede interpretarse que, ejercida la opción, vincula para todo el periodo inicial; en caso de las sucesivas prorrogas, solo cabe salirse del sistema al término de cada cual y con comunicación previa a su expiración, dirigida a las autoridades fiscales.

El carácter opcional del régimen plantea la duda sobre su consideración como ayuda de Estado, en la medida en que la entrada en el sistema responda a la ventaja que se pueda obtener. De acuerdo con el TJUE, caso T-351/02, *Deutsche Bahn AG vs Comisión Europea*, la legislación europea no puede determinar la concesión de ayudas de Estado incompatibles con el TFUE puesto que en la definición que este recoge en su actual artículo 107 se refiere a ventajas concedidas por los Estados, es decir, deben ser imputables a estos últimos. El hecho de que estos tienen que transponer las directivas europeas en el sistema jurídico interno no significa que las medidas de implementación les puedan ser imputables. Así debe entenderse, según la Corte, porque los Estados se limitan en este punto a cumplir con sus obligaciones bajo el Derecho europeo. De esta manera, en la práctica, las medidas derivan de la legislación europea.

Por otra parte, este carácter optativo depende de que los Estados miembros decidan mantener sus sistemas propios de imposición sobre sociedades de forma paralela a la normativa de transposición de la directiva de la UE que finalmente se adopte. No puede excluirse que algunos decidan que las normas de transposición del régimen armonizado se constituyan en las normas aplicables a todos los sujetos pasivos nacionales de forma que exista una única modalidad de tributación. La armonización fiscal no puede obligar a la convivencia de impuestos sociedades nacionales, puesto que esto implicaría limitar el poder tributario de cada Estado hasta extremos que van más allá de la competencia que las Instituciones comunitarias se pueden arrogar.

Como se acaba de mencionar, el carácter opcional del sistema armonizado se basa en la coexistencia del mismo con los impuestos sobre sociedades nacionales vigentes hasta la fecha, incluidos los sistemas de consolidación internos. Ahora bien, la existencia de normas armonizadas no excluye que las normas nacionales que mantengan su vigencia paralela tengan que cumplir con las previsiones comunitarias de Derecho originario. El principio de no discriminación y el respeto a las libertades comunitarias de circulación constituyen referencias que no pueden dejar de cumplirse. Tampoco podrá excluirse la aplicación de las otras directivas de armonización ya adoptadas, cuya vigencia persiste.

III.4. Régimen armonizado excluyente del régimen nacional

El artículo 7 de la propuesta es taxativo al establecer que, cumpliéndose los requisitos exigidos para elegir el régimen armonizado y ejercida la opción correspondiente, las sociedades quedan sujetas a la normativa común y no aplicarán las normas nacionales en todo lo que se disponga en aquel. Esta disposición alcanza en especial a determinadas disposiciones previstas para regular las consecuencias derivadas de la salida del sistema, en relación con la valoración y amortización de activos, compensación de pérdidas y otras, artículos 44 a 53, así como algunas de las especificaciones para la entrada o abandono del grupo contenidas en los artículos 61 a 69.

Tiene sentido recordar la ambición de la propuesta de regular, según su artículo 1, la determinación de la base imponible, su cálculo y su utilización. Con ello se quiere aludir a la regulación de los ingresos computables y no computables, las partidas deducibles y las que no lo son, las correspondientes reglas de valoración, la imputación temporal y las necesarias para distribuir el resultado consolidado entre los miembros del grupo.

Esta exclusión alcanza a la labor de integración de las lagunas que puedan encontrarse en la regulación armonizada. Tratándose de la regulación de un elemento tributario, la base imponible individual o consolidada, el mismo no puede ya estar regido por disposiciones nacionales que directa o indirectamente puedan afectar a su determinación, cálculo o distribución. Ni siquiera se pueden convertir en elemento integrador o informante del sistema impositivo común, que requerirá acudir a las reglas hermenéuticas propias del Derecho de la UE. En todo caso, debe diferenciarse la labor de integración de lagunas respecto de la necesaria transposición de una directiva, lo que puede requerir la adaptación de las previsiones europeas al sistema jurídico fiscal interno así como el desarrollo de las previsiones necesarias para dar cauce al mandato europeo superior.

III.5. Base imponible consolidada común y distribuible

El sistema armonizado regula el cálculo de la base imponible individual y prevé la consolidación de las correspondientes a las entidades y establecimiento permanentes que formen un grupo. La tributación conjunta se produce mediante la agregación de las bases imponibles individuales y la práctica de las eliminaciones de las operaciones intragrupo.

La tributación de los resultados derivados de operaciones internas del grupo sujetos a gravamen queda así diferida hasta el momento en que cualquiera de sus miembros los realiza en opera-

ciones con terceros. De la misma manera, se evitan todos los problemas derivados de la valoración de operaciones vinculadas cuando se trate de partes integrantes de un mismo conglomerado; los propios de doble imposición interna e internacional en relación con tales transacciones; y, finalmente, los resultados positivos y negativos de operaciones con terceros de todas las entidades miembros se compensan entre sí.

La base imponible consolidada será objeto de distribución entre los Estados miembros de residencia o localización de todos los miembros del grupo, según que correspondan a la casa central de una entidad o a cualquiera de sus establecimientos permanentes, de acuerdo con una fórmula objetiva de reparto. El método de distribución se basa en tres factores, activos, empleo y ventas por destino, a los que se les atribuye un peso equivalente. En el caso de empleo, el factor pondera a partes iguales el importe de las nóminas y el número de trabajadores.

Este modelo plantea el encaje en el mismo del régimen de imposición sobre sociedades de Estonia, donde el impuesto no se devenga por la obtención de renta sino por la distribución del beneficio –resultado contable– a los socios, ya sean sociedades residentes o establecimientos permanentes de entidades no residentes. De esta manera, se plantean dos dificultades: la base imponible distribuida de acuerdo con el sistema común armonizado se determina en función de ingresos y gastos fiscales, de tal manera que no será útil para un tributo cuyo parámetro de cálculo se basa en otra magnitud bien diferente, el resultado de la partida contable de pérdidas y ganancias que decida distribuirse a los socios, con algunos ajustes por partidas no deducibles fiscalmente; por otra parte, no coincidirán los momentos temporales puesto que los sujetos pasivos estonios no tributarán hasta que no se produzca la distribución del beneficio, con independencia del periodo impositivo al que pueda referirse el cálculo de la base imponible armonizada. En fin, se generan las dificultades de encaje propias de la existencia de hechos impositivos diferentes, la obtención de renta frente a la distribución del beneficio, que conducen a regulaciones diferenciadas de la base imponible.

No cabe duda de que el sistema armonizado podría regir en Estonia. Los sujetos pasivos allí ubicados podrían optar por el mismo. La cuestión estriba en el interés en anticipar la imposición y ver incrementada la base imponible: el impuesto pasaría a calcularse sobre el resultado fiscal total con independencia de que se corresponda con beneficios distribuidos o no; y a deberse en relación con cada periodo impositivo. Por otra parte, habrá que ver qué solución da Estonia a la transposición de la directiva: ¿cabría que permitiera participar en el régimen a las entidades o establecimientos establecidos en su territorio y mantener el devengo del impuesto en relación y con ocasión de la distribución del beneficio, de tal manera que la base atribuida a sus contribuyentes no tuviera efecto real? No parece posible puesto que el artículo 103 regula y determina la deuda tributaria, resultante tras la aplicación del tipo de gravamen nacional; aunque esto no suponga el devengo del tributo sí que implica determinar su montante en gran medida. Debe tenerse en cuenta que, una vez que cada sociedad individual opte por el régimen armonizado de consolidación, las filiales y correspondientes establecimientos permanentes que sean miembros del grupo deberán consolidar fiscalmente; además, será la normativa común la que determine quién deba formar parte del mismo. Es decir, no cabría que los interesados dispusieran quiénes formen parte del mismo ni quiénes integren sus resultados fiscales. De esta manera, cuando en el mismo se integren contribuyentes estonios será necesario valorar el interés en tributar según el sistema común.

III.6. Ámbito territorial de la UE

La directiva se dirige y obliga a los Estados miembros como no puede ser de otra forma (art. 136). Este marco geográfico permite identificar a las entidades que van a poder acogerse al régimen en función de su localización así como el alcance de las rentas sujetas al mismo.

La propuesta distingue entre contribuyentes residentes y no residentes en la UE. En el primer caso se integran todas las sociedades que cumplen con los requisitos exigidos para aplicar el sistema y opten por este régimen, sin que se extienda a los establecimientos permanentes de sociedades de la UE ubicados fuera de su territorio. Respecto de las entidades de la UE, se determina la sujeción por la renta mundial, sin perjuicio de determinadas exenciones por rentas de fuente exterior (arts. 2.1, 6.1 y 11). Debe destacarse entre estas exenciones la correspondiente a las obtenidas a través de los establecimientos permanentes de entidades con residencia en la UE ubicados en terceros países.

Los contribuyentes no residentes pueden quedar en el ámbito armonizado en relación con sus establecimientos permanentes ubicados en un Estado miembro (arts. 2 y 6.2) quienes pueden quedar sujetos de forma individual o formar parte de un grupo (art. 55); estos tributan por la parte de la base imponible que les sea atribuida en el Estado donde estén establecidos.

La participación en el régimen armonizado de entidades no residentes de la UE con establecimientos permanentes en su territorio tiene cierta fuerza de atracción puesto que determina que tales entidades no residentes con centros fijos de actividad europeos formen grupo con otras sociedades situadas en la UE que se consideren filiales de sus propias casas centrales.

III.7. Aspiración a la neutralidad

La neutralidad se ha convertido en un principio clave, rector de la imposición empresarial en los países de la OCDE. Se explica en la necesidad de satisfacer otro fundamental, la eficiencia, que perseguiría que los costes que implican los tributos sean los menores posibles; en esta aspiración, un impuesto neutral buscaría reducir todo lo posible las distorsiones en las decisiones de los agentes económicos. Los trabajos preparatorios de la propuesta de armonización de la base común se han hecho eco de estas conclusiones y, como se recoge en el documento CCCTB\WP\020\doc\en, las bases imponibles de los impuestos sobre sociedades en la UE se han ensanchado durante los últimos años, lo que las hace más simples y más transparentes y, de aquí, más eficientes y neutrales. Esto ha permitido que se logre una misma recaudación con tipos de gravamen nominales más bajos. De esta manera, resulta evidente que la base común armonizada funcionará mejor si responde a estos mismos criterios. Es decir, según dicho documento, debe ser lo más amplia posible e incluir pocos incentivos, menos que la suma de los existentes en las bases imponibles nacionales.

La finalidad de la armonización es extrafiscal: no es la obtención ingresos fiscales para financiar el presupuesto sino la eliminación de los obstáculos que impone un determinado sistema de imposición sobre sociedades a la realización del mercado interior. Al margen de este objetivo, no se establecen otros de política económica y no se encuentran propuestas para regímenes de otra naturaleza que pudieran fomentar o beneficiar determinado tipo de actividades.

Dicho lo anterior, las medidas propuestas pueden tener efectos diversos sobre los distintos sectores de actividad. El régimen de amortización al 25 por 100 sobre la base amortizable de todos los activos integrados en un conjunto amortizable, de donde solo se excluyen los edificios, los activos amortizables en un periodo superior a 15 años y los intangibles, puede dar lugar a un trato diferenciado para las empresas que utilicen de forma más intensiva dicho tipo de elementos patrimoniales. Por otra parte, el trato equivalente de los factores de activos, empleo y ventas a distancia para distribuir la fórmula de reparto puede tener incidencia desigual según cuál sea el peso de los mismos en los distintos sectores de actividad. El efecto final tendrá que ver con su localización a lo largo de la geografía europea. La introducción de normas especiales de distribución de la base entre Estados miembros para los sectores financiero, asegurador, petróleo y gas, transporte marítimo, transporte por vías navegables interiores y transporte aéreo, constituye una muestra de cómo su incidencia va a depender de la estructura empresarial y la organización de las actividades.

Las previsiones del artículo 87, por las cuales el sujeto pasivo o la autoridad competente puede proponer un método alternativo de cálculo cuando considere que la parte de la base atribuida a un miembro del grupo no se corresponda con el volumen de su actividad, no parece que sea el medio para salvar las ineficiencias que pueda provocar una fórmula de corte general en la pretensión de asignar la proporción de la base imponible que pueda corresponder a cada miembro del grupo en función de las circunstancias de un sector económico específico. Se trata de una previsión excepcional cuyo destinatario es cada grupo consolidable individualmente considerado, con un supuesto de hecho, los resultados atribuidos a alguno de sus miembros, y no generalizable, de tal forma que no puede convertirse en una puerta a modificaciones extensibles a todo un sector de actividad, so pena de dejar sin contenido las previsiones ya incluidas en la propuesta. Por otra parte, la fórmula tendría que ser harto compleja si debiera tener en cuenta todos y cada uno de los distintos sectores en los que pudiera intervenir un mismo grupo a través de sus diversas entidades o establecimientos.

Respecto del juego del principio de neutralidad en las operaciones internacionales de las sociedades, el documento CCCTB\WP\001Rev1\doc\en afirma que una base común en la que se consoliden todos los resultados por transacciones nacionales y las que se produzcan en el seno de la UE determinaría que se satisficieran las premisas de la neutralidad en la exportación y en la importación de capitales. Ahora, si bien es verdad que todos los establecidos bajo una misma jurisdicción observarán que quedan sujetos en términos equivalentes puesto que el tipo de gravamen será el mismo, no cabe afirmar lo mismo cuando la comparación se realice entre quienes se ubican en distintos Estados miembros. Esto puede afectar a las decisiones de localización de los distintos factores en los territorios de las diferentes jurisdicciones fiscales con el objeto de condicionar la distribución de la base entre los distintos centros de actividad y así optimizar el gravamen.

La extensión de estas consideraciones a las inversiones y operaciones más allá de la UE implica necesariamente efectuar una comparación entre la base armonizada y la correspondiente a países terceros. La propuesta opta por la imposición mundial de las entidades residentes en la UE pero establece la exención de rentas obtenidas en el exterior a través de establecimiento permanente, dividendos y plusvalías de cartera. Se intenta facilitar la satisfacción del principio de neutralidad en la exportación de capitales, lo que dependerá del trato que finalmente reciban tales actividades en los países no miembros. A tal fin intentan contribuir las condiciones que se imponen: la exención se transforma en régimen de imputación cuando el gravamen en el exterior es sustancialmente inferior al correspondiente como media en la UE. Sí que parece lograrse con mayor facilidad dar satisfacción

al principio de neutralidad en la importación de capitales cuando se ofrece a los establecimientos permanentes de entidades no residentes disfrutar de la base común y consolidar los resultados de sus actividades en la Unión. Sin embargo, el texto propuesto no puede establecer nada más respecto de otras formas de inversión que no den lugar a tal establecimiento puesto que el gravamen de no residentes sin el mismo no es objeto de armonización (véase su art. 77).

III.8. Aspiración a la uniformidad

La aspiración a consolidar los resultados de un grupo obtenidos en distintos Estados europeos debe arrancar con la premisa de la uniformidad de las reglas de cálculo vigentes en todos aquellos. Es una cuestión que va a estar ligada en primer lugar con la capacidad de las normas comunes para agotar la regulación del cómputo de las distintas partidas con incidencia en su determinación. Cuanto mayor sea la necesidad de normas nacionales de transposición, existirá mayor riesgo de soluciones heterogéneas.

Desde este punto de vista, debe destacarse la solución planteada para la gestión de la base común y el sistema de recursos administrativos y judiciales que culmine el proceso de cómputo. Siendo cuestiones complejas, con un cierto desarrollo en la propuesta, es posible destacar, a estos efectos, lo previsto en sus artículos 114, 122, 123, 125 y 126.

El primero de estos preceptos dispone que las auditorías y las liquidaciones se rijan por la ley del Estado miembro en el que resida el sujeto pasivo individual o se ubique el establecimiento permanente. Corresponde a la autoridad tributaria principal –la correspondiente al sujeto pasivo principal del grupo, art. 4 (22)– verificar la declaración fiscal consolidada y practicar la regularización correspondiente, previa consulta con las autoridades del resto de miembros que integren el grupo fiscal. Sin embargo, no se establecen mecanismos que garanticen equivalencia en tales prácticas y la necesaria interpretación uniforme de la directiva que se adopte.

Los artículos 122 y 123 se refieren a la práctica de auditorías, cuya iniciativa y coordinación corresponde, de nuevo, a la autoridad competente principal; esta, junto con las correspondientes al resto de miembros del grupo fiscal determinan conjuntamente el alcance y contenido de las actuaciones. El procedimiento queda regido por la ley o leyes vigentes en las jurisdicciones en las que se desarrolle. Cuando los órganos administrativos de cualquier Estado correspondiente a miembros del grupo estuvieran disconformes con la resolución de la autoridad tributaria principal, podrá impugnarlo judicialmente según la ley de esta última.

Los dos últimos preceptos antes mencionados se refieren, respectivamente, a la interposición de recursos administrativos y judiciales por parte de los contribuyentes. De los primeros entiende el órgano que establezca la legislación del Estado miembro de la autoridad tributaria principal. El trámite de alegaciones debe despacharse en concierto entre todas las autoridades afectadas según los miembros del grupo y estas últimas prestarán asistencia a la principal en el trámite de prueba, pero así queda limitada la coordinación. Los segundos también se rigen por la ley del mismo Estado. Para estos casos, se prevé el mismo tipo de apoyo por parte de las autoridades competentes de los demás Estados miembros involucrados.

Por tanto, también el sistema de recursos queda centrado e instrumentalizado bajo la ley y la organización de uno de los Estados miembros interesados, con los riesgos que puedan derivar de las

interpretaciones divergentes por países así como la incidencia que puedan tener las distintas transposiciones nacionales de la directiva.

En todo caso, estos son los resultados derivados de optar por hacer descansar el sistema en las ya existentes y experimentadas Administraciones nacionales en lugar de crear otra para el ámbito de la UE. Queda la duda sobre la posibilidad de haber propuesto una fórmula de consorcio en el que se integraran las de los Estados miembros.

IV. ÁMBITO Y ALCANCE DE LA ARMONIZACIÓN

IV.1. Ámbito material: base imponible del impuesto sobre sociedades

La propuesta pretende la armonización de la base imponible del impuesto sobre sociedades tanto de contribuyentes individuales como de grupos. La delimitación de la imposición sobre la renta de sociedades se efectúa mediante la referencia a la tributación de determinadas sociedades y grupos de sociedades. Es la sujeción de estas a un determinado impuesto, el referenciado en su anexo II, la que permite la identificación del tributo.

El régimen armonizado pretendido no define el hecho imponible y, por tanto, no incluye un concepto o una descripción de lo que deba entenderse por renta. Sin embargo, la regulación de la base permite identificar lo que se entiende por la misma, puesto que ofrece las reglas para su cuantificación. Comprende la obtenida por el sujeto pasivo así como la imputada en el régimen de transparencia fiscal internacional o en cualquier régimen de transparencia determinado por la ley del Estado miembro donde la entidad transparentada esté situada, caso en que se atribuye la calculada de acuerdo con las reglas armonizadas. Por otra parte, no existe una previsión sobre estimación de rentas si bien las reglas de valoración atribuyen el de mercado a los bienes o derechos donados, que es el fiscal en caso de que el donatario sea una entidad benéfica. De esta manera, lo que en la LIS española es una mera presunción con prueba en contrario –cesiones gratuitas de bienes o servicios– en la propuesta constituye renta en función del valor de lo transmitido a título gratuito. Queda la duda acerca de la imposición de la prestación de servicios sin contraprestación.

El alcance de la normativa propuesta se limita al cálculo y al uso de la base imponible así determinada, tanto para sujetos pasivos individuales como para grupos de entidades. En este último caso, el resultado se construye sobre la suma de las bases imponibles individuales de los miembros de grupo, tras eliminar los resultados derivados de operaciones intragrupo. De esta manera, la normativa propuesta regula la base imponible individual y contempla la posibilidad de contribuyentes individuales no integrados en grupos que se acojan también al sistema. ¿Cabe que los Estados miembros dispongan modificaciones sobre la que resulte atribuida a sus propios contribuyentes? Si se admitieran, se vulneraría la finalidad y el objeto de la armonización puesto que dejaría de determinarse sobre un régimen común y se renunciaría a la aspiración de uniformidad. La propuesta ofrece algunas claves para responder a esta pregunta. Su artículo 102 contempla determinadas reducciones de la base atribuida a través de la fórmula de reparto, referidas a la compensación de pérdidas, a determinadas partidas relacionadas con la entrada en el grupo consolidado del sujeto pasivo, las dirigidas a eliminar la doble imposición internacional, las deducciones de determinados impuestos nacionales y las pro-

visiones técnicas de entidades de seguro referidas en su artículo 30. Es ahora cuando tiene sentido recordar las prescripciones del artículo 7, según el cual las entidades que opten por su régimen dejan de estar sujetas a las disposiciones nacionales en relación con los aspectos regulados en la propuesta, esto es, en materia de determinación de la base imponible. Y en la medida en que el artículo 103 se refiera a la determinación de la deuda tributaria, también cabría concluir sobre la limitación de introducir reducciones nacionales para determinar una base liquidable diferenciada por Estados miembros.

La regulación tampoco alcanza al tipo de gravamen, general o especial, a eventuales bonificaciones ni a la deducción por realización de determinadas actividades. ¿Corresponderá a las normas nacionales la determinación de tales elementos? Puede entenderse que, si corresponde a cada jurisdicción la fijación de la alícuota, cabría introducir bonificaciones o deducciones por incentivos que puedan modificar el tipo efectivo, siempre que cumplan con el Derecho europeo y la disciplina de ayudas de Estado. Sin embargo, salvo en el caso del tipo de gravamen, donde la remisión a las leyes nacionales es clara y expresa, no parece que sea posible puesto que el artículo 103 se refiere a la deuda tributaria, con lo que entra a regular estos elementos tributarios. De esta manera, esta materia queda excluida de la competencia nacional respecto de quienes opten por este sistema común. Otra solución tendría poco sentido puesto que a través de tales disposiciones se dejarían de cumplir los fines de la imposición común: las bonificaciones son en realidad reducciones puramente cuantitativas en la cuantificación de la base que, de admitirse, vaciarían de contenido material las disposiciones europeas previstas para su cálculo; las deducciones tienen por efecto reducir los tipos efectivos de gravamen a través de medidas distorsionantes de las decisiones de los agentes económicos y limitaría la capacidad del sistema para la homogeneización y la neutralidad, principios importantes para el adecuado funcionamiento del mercado interior, fin último que persigue la propuesta. Debe tenerse en cuenta que las reducciones de la cuota se determinan por referencia a conceptos ya utilizados para determinar la base con lo que la correspondiente incidencia fiscal en esta última queda modificada. Por ejemplo, una deducción calculada en un porcentaje de la inversión efectuada en activos permite una recuperación fiscal de su coste más rápida y más elevada que la obtenida del ritmo normal de amortización.

Bien es cierto que este precepto se encuentra en la regulación de la consolidación de las bases imposables de los miembros de un grupo. Sin embargo, no tendría ninguna lógica considerar una solución diferente para los sujetos pasivos individuales que se acojan al régimen armonizado.

Por otra parte, sí que se encuentran normas dirigidas a eliminar la doble imposición internacional a través del método de imputación ordinaria, con excepción de las rentas procedentes de establecimientos permanentes situados en terceros países, los dividendos y las plusvalías de cartera, que se encuentran exentos. Esta última exención alcanza a las participaciones en beneficios y plusvalías de cartera de fuente nacional, de forma que no es necesario disponer la regulación de deducciones por doble imposición interna.

Nada se especifica, pero resulta evidente que se trata del régimen general. No hay previsiones especiales, aunque sí específicas respecto de las entidades de seguros previstas en el artículo 30 —con lo que persiguen la adaptación de su cálculo a las especificidades del sector— así como para el diferimiento de plusvalías por transmisión de activos en caso de reinversión y por donaciones a entidades sin fin de lucro, llamadas benéficas. Pero no aparecen disposiciones especiales de cálculo de este elemento tributario para pequeñas y medianas empresas (PYMES), operaciones de arrendamiento financiero, amortización libre o acelerada u otras que se conocen en la imposición sobre sociedades española.

Así, es clara la tensión que puede generar la convivencia de un régimen armonizado limitado a las reglas generales de determinación de la base imponible con los regímenes especiales que se puedan mantener en los Estados miembros. En primer lugar, se puede plantear su compatibilidad. Así, ¿podría una entidad de reducida dimensión optar por el régimen armonizado y aplicar el sistema de tipos propuesto por la imposición sobre sociedades española? La lectura de los preceptos propuestos por la Comisión parece que lo admitirían, al remitirse a las leyes internas con tal fin (véase art. 103). No cabe concluir otro tanto respecto de elementos de determinación de la base imponible, donde el artículo 7 sería invocable y tendría el efecto de dejar inaplicables normas domésticas relativas a tal elemento tributario. Cuando tal compatibilidad no sea posible, corresponderá al contribuyente verificar qué fórmula de gravamen puede interesarle más.

Por tanto, como primera consecuencia, queda sin efecto la normativa interna correspondiente respecto de quienes opten por el sistema común y para aquellos elementos del impuesto que encuentren su regulación en la misma. Quienes disfruten de regímenes especiales podrán quedar al margen del sistema armonizado y continuar disfrutando de lo que se disponga en la normativa nacional.

Para un mayor análisis, es necesario distinguir entre los distintos tipos de regímenes especiales según su objeto o por las características de las formas sociales a que se refieran. Debe tenerse en cuenta que la propuesta abarca algunas, las típicas de las entidades mercantiles con fin de lucro. De esta manera, no cabe hacer mayor referencia a los regímenes especiales previstos para formas sociales no cubiertas por el régimen armonizado, como podría ser el caso de los previstos para los distintos tipos de agrupaciones, uniones temporales, fondos, mutuas, comunidades y otras formas de propiedad.

Respecto de los regímenes previstos en atención al objeto social, caso de entidades de arrendamiento de vivienda, minería, hidrocarburos, entidades de tenencia de valores extranjeros, entidades parcialmente exentas, sociedades de inversión, entidades navieras y deportivas en el impuesto sobre sociedades español, debe concluirse que se mantendrán vigentes para quienes no opten por el régimen armonizado pero no para quienes entren en el mismo. La regla de exclusión del artículo 7 hace incompatible la base común con cualquier norma nacional que tenga la misma finalidad con independencia de su contenido, esto es, la regulación de la base y las reducciones de la cuota derivada de aplicar sobre la misma los tipos de gravamen nacionales.

Estas mismas conclusiones serán relevantes para aquellos otros regímenes previstos para cualquier forma social y con independencia del objeto social, caso de los previstos para PYMES, transparencia fiscal internacional o *leasing*.

Se plantea la duda sobre la aplicabilidad del régimen de reestructuraciones, cuyo origen se encuentra en la directiva UE de fusiones, ya se mencionó que se trata de una materia que recibe un trato nuevo en el borrador ahora adoptado por la Comisión.

En cuanto al régimen especial de grupos fiscales, se recuerda que la regulación propuesta tiene como fin fundamental ordenar la consolidación transfronteriza. De nuevo y sobre base del carácter opcional que tendrá el régimen armonizado, corresponderá a los sujetos pasivos decidir a qué norma acogerse puesto que ambas regulaciones jugarían de forma alternativa.

IV.2. Ámbito territorial

Los destinatarios de la propuesta de directiva (art. 134) son naturalmente los Estados miembros. El ámbito territorial de aplicación se limita a la UE; en particular, al ámbito territorial en el que es aplicable el TUE. Este viene determinado en su artículo 52, donde se mencionan los 27 Estados miembros, y para cuya precisión se remite al artículo 355 del TFUE.

El apartado 1 de este último precepto alude a la extensión de los Tratados a los territorios ultraperiféricos –los franceses de Ultramar⁶, Azores, Madeira y Canarias– respecto de los que se recoge la especificidad derivada de su ubicación geográfica y la distancia del continente, lo que requiere de medidas especiales –art. 349 del TFUE– en materia de políticas comerciales, aduaneras, fiscales, zonas francas, políticas agrícolas y pesqueras, condiciones de suministro de materias primas y bienes de consumo esenciales, ayudas públicas y las condiciones de acceso a fondos estructurales y programas horizontales de la UE. En principio, nada especial sería predicable respecto de la base común del impuesto sobre sociedades, que sería allí aplicable.

A continuación, dicho artículo se refiere a los territorios de ultramar del anexo II del Tratado, que disfrutan de acuerdos de asociación con la UE, tratándose de territorios no europeos que mantienen relaciones especiales con Dinamarca, Francia, Países Bajos y Reino Unido. No se trata de territorios integrados en la Unión, de ahí que se escogiera la fórmula de la asociación⁷.

El artículo 355.3 se refiere a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro, que se consideran parte de la UE. Esta mención incluye en su ámbito a Gibraltar. También se aplica el Tratado a las islas Åland de conformidad con las disposiciones del Protocolo n.º 2 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia⁸.

Por el contrario, el Tratado no se aplica, apartado 5 del artículo 355, a las islas Feroe, a las zonas de soberanía del Reino Unido de Akrotiri y Dhekelia en Chipre salvo en la medida en que sea necesaria para garantizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Protocolo n.º 3 relativo a las zonas de soberanía del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Chipre adjunto al Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea y de conformidad con lo dispuesto en dicho Protocolo⁹; por otra parte, las disposiciones de los Tratados solo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para dichas islas en el Tratado relativo a la adhesión de

⁶ Se trata de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé y San Martín.

⁷ Se trata de Groenlandia; Nueva Caledonia y sus dependencias; Polinesia francesa; tierras australes y antárticas francesas; Islas Wallis y Futuna; Mayotte; San Pedro y Miquelón; Aruba; Antillas neerlandesas: Bonaire, Curaçao, Saba, San Eustaquio, San Martín; Anguila; Islas Caimán; Islas Malvinas (Falkland); Georgia del Sur e Islas Sandwich del Sur; Montserrat; Pitcairn; Santa Elena y sus dependencias; territorio antártico británico; territorios británicos del Océano Índico; Islas Turcas y Caicos; Islas Vírgenes británicas y Bermudas.

⁸ DOUE C 241 de 29 de agosto de 1994.

⁹ DOUE L 236 de 23 de septiembre de 2003.

nuevos Estados miembros a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado el 22 de enero de 1972¹⁰. Estas disposiciones afectan a diversas cuestiones, entre las cuales, las fiscales que se abordan se refieren a los derechos de aduana y, en el primer caso, al IVA y las accisas; en consecuencia, esta propuesta no alcanzaría a estos territorios.

Esta delimitación geográfica determina el ámbito de sujetos pasivos a que se refieren sus previsiones. Como ya se anticipó, debe tratarse de entidades establecidas en dicho marco geográfico, lo que se concreta a través de una doble mención:

- La referencia a entidades residentes en territorio de los Estados miembros, caso en que el gravamen alcanza a rentas mundiales con exención de las obtenidas a través de establecimientos permanentes ubicados en países terceros (arts. 2.1 y 6.6). Ahora bien, debe diferenciarse el ámbito material de rentas sujetas del ámbito personal al que alcanza la consolidación: si bien se gravan las rentas mundiales, la consolidación no alcanza a los establecimientos permanentes de entidades europeas situados en Estados no miembros de la UE, con independencia de que estas últimas rentas queden o no sujetas a gravamen en el grupo. La norma general es su exención; pero cuando queden sujetas a un régimen de gravamen sustancialmente bajo, su importe debe incluirse en la base imponible del grupo y ser objeto de distribución para su gravamen entre los Estados miembros correspondientes a los que sí se consideran como miembros del grupo.
- La referencia a entidades no residentes, respecto de sus establecimientos situados en un Estado miembro de la UE, caso en que el gravamen alcanza a las rentas atribuibles a tales centros de actividad. La propuesta reitera el principio propio del MCDI de la OCDE, de falta de fuerza de atracción, esto es, los contribuyentes no residentes en la UE no tributan por todas las rentas obtenidas en un Estado miembro de la UE por el mero hecho de disponer de establecimiento permanente en su territorio (arts. 2.2 y 6.7).

Este marco geográfico es también la referencia para delimitar el concepto de grupo y el ámbito personal de entidades consolidables. La regulación propuesta en el artículo 55 se limita a las entidades antes mencionadas: las residentes en la UE con exclusión de sus establecimientos permanentes de países terceros y las no residentes, exclusivamente respecto de sus establecimientos en la UE.

Llama la atención que la directiva establezca el ámbito material del gravamen al determinar el alcance territorial de la imposición, cuando corresponde a los Estados delimitar el ámbito de ejercicio de su potestad de gravamen. En cualquier caso, se siguen reglas comunes a todos ellos y la previsión puede explicarse en la propia finalidad del sistema: determinar una base imponible armonizada común, cuyo alcance debe ser el mismo en toda la UE.

IV.3. Ámbito personal

Los requisitos propuestos son los que se describen a continuación que, además, son similares a los exigidos en las otras directivas de armonización del impuesto, con la salvedad de las condiciones relativas a la residencia o establecimiento, como se verá.

¹⁰ DOUE L 73 de 27 de marzo de 1972.

a) Residencia fiscal o establecimiento en un Estado miembro

La propuesta ambiciosa coordinar la tributación de entidades residentes en la UE y de las que no lo son pero operan en su territorio a través de establecimiento permanente.

Ambos conceptos fiscales son el centro sobre el que gira la determinación del ámbito de la potestad tributaria de los Estados miembros. Por esta razón, se podría esperar que la propuesta se limitara en este punto a referirse a lo que se dispusiera en las normativas fiscales internas. Sin embargo, se procede a incluir definiciones de ambos.

- Residencia fiscal

En cuanto a la residencia fiscal, se considera, artículo 6.3, que la misma se encuentra en el Estado miembro en el que la sociedad tiene su domicilio social, en el que ha sido constituida o donde tiene la sede de dirección efectiva. Son tres criterios que juegan de forma alternativa, no acumulativa. Se trata de los puntos de conexión utilizados por las normas nacionales; esta opción posiblemente pretenda no alterar los términos utilizados normalmente por cada jurisdicción con el objeto de adaptar la propuesta al marco subjetivo de imposición de los Estados miembros. Se añade que tal residencia fiscal no se determina en un Estado miembro cuando, de acuerdo con las previsiones de un convenio de doble imposición, esta se determine en un Estado tercero.

Se contemplan los supuestos de atribución múltiple de residencia fiscal, que se pueden producir al utilizarse simultáneamente hasta tres criterios diferentes para su determinación de tal forma que cada uno de ellos pueda conducir a que la entidad pueda reputarse residente en Estados diferentes. El criterio delimitador y preferente escogido en el artículo 6.4 es el de la sede de dirección efectiva, como se hace en el MCDI, concepto para el que no se ofrece una definición en ninguno de dichos instrumentos.

Se añade, artículo 6.5, la norma especial para las entidades o grupos dedicados al transporte en aguas interiores cuya sede de dirección se encuentre a bordo de un buque o de una embarcación, caso en que la misma se reputa situada en el Estado miembro correspondiente a su puerto base; cuando no exista tal, se atenderá a la residencia de quien explote el buque o embarcación. Es, por otra parte, el elemento dirimente utilizado en el MCDI de la OCDE.

Quienes no tengan la consideración de residentes en un Estado miembro de acuerdo con la propuesta, se encontrarán dentro de su ámbito subjetivo respecto de los establecimientos permanentes de que dispongan en la UE, según resulta del artículo 6.2.

La cuestión es si esta norma supone armonizar el concepto de residencia fiscal a efectos del impuesto sobre sociedades. Esta decisión de la propuesta tiene que ver, posiblemente, con la necesidad de determinar en qué términos puede una entidad determinada participar del régimen armonizado, como residente o no residente; en qué condiciones puede liderar o participar en la formación de un grupo consolidado, lo que depende de nuevo de la condición de residente; finalmente, si la base imponible debe alcanzar a la renta mundial o a la atribuible al establecimiento permanente. Pensamos que estas definiciones tienen capacidad para marcar el cómo de la participación de una entidad en el régimen armonizado: así, por ejemplo, no tener residencia fiscal de acuerdo con lo prescrito en la propuesta

excluiría a la entidad del marco armonizado previsto para residentes, sin que excluya su consideración como entidad no residente y su encaje en el contexto coordinado en relación con los establecimientos permanentes situados en la UE. Sin embargo, estas prescripciones no pueden suponer una limitación respecto del ámbito soberano nacional para determinar quiénes son sus residentes fiscales. Quienes no encajen en las previsiones de la directiva bajo una determinada condición podrán quedar sujetos al impuesto nacional en los términos que prevea la norma interna. La letra del artículo 6 parece corroborar esta tesis cuando plantea que su definición lo es a los efectos de atribuir la posibilidad de optar por el régimen armonizado. El título que encabeza el precepto, *opción*, facilita mantener esta tesis.

La definición es determinante también para fijar la autoridad tributaria principal en el caso de gestión de grupos consolidados, puesto que esta viene determinada por la residencia del contribuyente principal (art. 4.22). No queda tan claro en el texto de la propuesta que este punto de conexión determine asimismo la participación de los Estados miembros en la parte atribuida de la base imponible consolidada. Los artículos 4.12 y 86 se refieren a la cuota parte de la base imponible que corresponde a cada miembro del grupo. Se trata de una cuestión que excede de las capacidades armonizadoras: la obligación de pago y a quién corresponda constituirían cuestiones reservadas a la soberanía tributaria estatal. Al mismo tiempo, esta solución podría no interrelacionarse debidamente con las prescripciones de la directiva, puesto que la atribución de residencia en un Estado miembro de acuerdo con esta última conlleva determinar la autoridad fiscal protagonista de procedimientos para la gestión del tributo.

Dicho lo anterior, quedaría pendiente un análisis pormenorizado, a la luz de las distintas leyes nacionales con el objeto de verificar si el contenido de la propuesta conduce a que quienes sean residentes fiscales según los criterios domésticos lo sean también de acuerdo con las normas armonizadoras. Se tiene la impresión, a la vista de los criterios utilizados, que esa será normalmente la situación.

- El concepto de establecimiento permanente

El artículo 5 de la propuesta recoge una definición cerrada y exhaustiva de establecimiento permanente sobre la base de la que se encuentra en el artículo 5 del MCDI de la OCDE. Debe tenerse en cuenta que el concepto tiene básicamente tres utilidades principales. En primer lugar, el artículo 6.2 atribuye el derecho a optar por el régimen armonizado a las entidades no residentes con establecimientos permanentes en la UE y el apartado 7 del mismo precepto establece el alcance de la sujeción al sistema de estos contribuyentes, las rentas que les resulten atribuibles por su actividad en territorio común. Por otra parte, sirve para determinar los miembros del grupo fiscal. De acuerdo con el artículo 55, en el mismo se integran tanto los establecimientos permanentes de sociedades residentes en Estados miembros de que dispongan en otros como aquellos que las entidades no residentes tengan en la UE. Finalmente, también se usa el concepto en el artículo 11 letra e) para declarar exentas las rentas obtenidas a través de los situados en países terceros.

El precepto que se comenta se inicia con una mención extraña. Curiosamente, no se refiere a las actividades que una sociedad residente en un Estado desarrolle en otro diferente como no residente, sino que considera que un contribuyente tiene un establecimiento permanente en un Estado diferente a aquel donde tiene localizada su gestión central y su control. Tal mención puede deberse a los conceptos que recoge el artículo 4 de la propuesta donde se entiende que contribuyente residen-

te es aquel que lo es en un Estado miembro, esto es, en cualquiera de la UE, de tal manera que una sociedad residente en un Estado miembro es, a los efectos de la propuesta, siempre residente, y contribuyente no residente solo lo es quien no tiene residencia en un Estado miembro. De esta forma, no sería posible utilizar el concepto de no residente por relación a las actividades que una sociedad de un Estado miembro desarrolla en otro que también lo sea de la UE. Respecto de esta última jurisdicción sería no residente; sin embargo, este concepto no es utilizado en la propuesta de armonización, que reserva tal mención únicamente para las entidades procedentes de terceros países.

La solución no parece la más oportuna y podría llevar a la confusión, errónea, de pensar que la gestión central y el control son criterios para atribuir la residencia fiscal; podría confundirse con el criterio dirimente de la sede de dirección efectiva. Y, efectivamente, la gestión central y el control pudieran coincidir con el lugar de la sede de dirección, pero parecen conceptos diferentes: el primero tiene que ver con la llevanza ordinaria de la empresa y el segundo con el lugar donde se toman sus decisiones estratégicas.

La definición se refiere a un centro fijo de actividad por el que una sociedad desarrolla toda o parte de su actividad en otro Estado. Reúne las tres condiciones tradicionales: el desarrollo de una actividad económica en el exterior –expresión que se concreta por referencia al Estado de la residencia fiscal–, de forma fija en un lugar geográfico y estable en el tiempo. El precepto recoge los ejemplos ilustrativos relativos al lugar de gestión, sucursal, oficina, fábrica, taller, mina, etc.; también se incluye el caso de las obras de construcción, instalación o montaje con duración superior a 12 meses; los casos de actividades preparatorias o auxiliares no constitutivas de establecimiento permanente; se incluye la mención a la actuación a través de agentes dependientes, en que se reputa la existencia de tal centro fijo de actividad, y de agentes independientes, que no lo constituyen; en fin, no falta la aclaración de que el mero control de un contribuyente no residente no determina por sí la existencia de establecimiento.

Aunque se había pensado inicialmente, documento de trabajo CCCTB/WP057/doc/en, en la posibilidad de que la Comisión adaptase el concepto de establecimiento permanente con el objeto de atender a las especificidades del mercado interior, la propuesta no recoge la posibilidad de utilizar actos delegados con tal fin.

Es evidente que esta previsión surte sus efectos en relación con el régimen armonizado, pero existe la duda acerca de su alcance respecto de las relaciones con Estados terceros. Ya se vio anteriormente como la armonización de esta materia podía afectarlas, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

b) Constitución según la ley de un Estado miembro o de un Estado tercero

Las sociedades deben haberse constituido de acuerdo con las leyes de un Estado miembro. Esta cuestión debe resolverse según las normas nacionales que regulen las sociedades y demás entidades jurídicas. Podría debatirse acerca de la forma jurídica concreta, si se exige una determinada personalidad jurídica. Pero esta cuestión está resuelta en la medida en que la propuesta incluye una relación de las formas jurídicas a las que resulte de aplicación. Debe tenerse en cuenta que esta será debatida por el Consejo, donde los representantes de cada Estado miembro se pronunciarán acerca de las formas organizativas que finalmente se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Dicho lo anterior, la propuesta incluye las menciones a la sociedad europea y a la sociedad cooperativa europea, constituidas de acuerdo con la normativa europea que las regula ¹¹.

En la medida en que la propuesta de armonización abarca a entidades no residentes en la UE, el artículo 2.2 se refiere a las sociedades constituidas de acuerdo con la ley de un Estado tercero. La cuestión se resuelve de forma similar a la prevista para entidades europeas por referencia a la forma jurídica que las mismas adopten.

Este es un criterio utilizado asimismo para determinar la residencia fiscal en un Estado miembro. ¿Tiene efectos para determinar la residencia de la entidad a efectos del régimen armonizado? ¿Estar constituida en un país tercero implica la condición de no residente? No creemos puesto que de ser así, no tendría sentido que el artículo 6 incluyera a tal efecto criterios alternativos.

c) Tener una de las formas jurídicas previstas en el anexo u otra similar de un Estado tercero

La propuesta sigue el criterio de las otras directivas de armonización del impuesto, la de fusiones y reorganizaciones empresariales, la matriz-filial y la de intereses y cánones. Por tanto, puede solicitar el régimen armonizado la sociedad que revista una de las formas enumeradas en el anexo de la directiva que se adopte, según ha previsto el artículo 1 a) de la propuesta. Dicho anexo se refiere a las distintas sociedades a través de entradas diferentes, correspondiendo a cada uno de los Estados miembros de la UE, a las que se añaden las menciones a la sociedad europea y a la sociedad cooperativa europea. Es posible observar que las distintas relaciones utilizan técnicas distintas para designar las sociedades comprendidas en su ámbito de aplicación. Así, en algunos casos se emplea una fórmula genérica y se refieren a «las sociedades comerciales o las sociedades civiles de forma comercial, las cooperativas y las empresas públicas constituidas de conformidad con el Derecho portugués» o a «las sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido»; en otros casos, se indican expresamente las denominaciones de las formas jurídicas. En muchos casos, se incluye la referencia a las sociedades constituidas de acuerdo con el Derecho nacional sujetas al impuesto sobre sociedades, mención abierta que suscitará dudas en la identificación concreta de quienes puedan acogerse a la armonización: más problemas interpretativos suscitará la mención danesa a las entidades sujetas a las disposiciones generales en materia tributaria aplicable a sus sociedades anónimas. Cuando se utiliza la técnica de la denominación precisa, el TJUE ha interpretado que las exigencias del principio fundamental de seguridad jurídica se oponen a que se interprete la lista con carácter indicativo, de tal forma que no cabe la ampliación del ámbito subjetivo por analogía a otros tipos de sociedades no expresamente mencionadas. Así lo resolvió en Sentencia de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08, *Gaz de France*, relativo a la interpretación de la lista de entidades anexa a la directiva matriz-filial.

En la medida en que la propuesta contempla a los establecimientos permanentes como miembros de grupos consolidados e, incluso, como sujetos pasivos principales del grupo cuando se trata de los pertenecientes a entidades procedentes de países terceros, puede resultar ilustrativo aclarar que su incorporación a la armonización requerirá que los mismos pertenezcan a entidades que tengan alguna de las formas previstas, ya se trate de las listadas en el anexo o de alguna de un Estado tercero que pueda caer dentro de su marco de aplicación.

¹¹ Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), DOUE L 294 de 10 de noviembre de 2001, y Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE), DOUE L 207 de 18 de agosto de 2003.

En el caso de España, se incluyen la sociedad anónima, la de responsabilidad limitada, la comanditaria por acciones y las entidades de Derecho público regidos por el Derecho privado. Por tanto, no aparecen en la lista entidades mercantiles típicas de nuestro ordenamiento jurídico, como la sociedad colectiva o la comanditaria simple, ni determinados sujetos pasivos que no tienen tales formas societarias, tales como las uniones temporales de empresas, las agrupaciones de interés económico, los fondos de inversión y de pensiones, los fondos de capital-riesgo, los fondos de regulación del mercado hipotecario, los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos, las comunidades titulares de montes vecinales en mano común, así como el Estado, las comunidades autónomas, las entidades locales y demás entidades del sector público regidas por el Derecho administrativo.

Finalmente, el artículo 2.3 prevé que la Comisión pueda adoptar actos delegados con el objeto de modificar el anexo y de tener en cuenta los cambios legales que se produzcan en los Estados miembros en relación con las formas sociales. Puede plantearse la duda acerca del alcance de la delegación: ¿puede servir para incluir formas legales no incluidas con anterioridad y que nazcan con ocasión de la modernización del Derecho de sociedades o debe limitarse a adaptar la referencia del anexo a los cambios en la denominación que puedan producirse respecto de formas jurídicas ya incluidas en la lista? No parece que tales actos puedan servir para extender el ámbito subjetivo a formas sociales no incorporadas *ab initio* en la lista que finalmente acuerde el Consejo ECOFIN al adoptar la propuesta de la Comisión. Debe tenerse en cuenta que esta manera de delimitar el ámbito subjetivo requiere acuerdo unánime de esta última Institución de tal manera que la delegación que pueda ejercer la Comisión debe interpretarse de manera estricta y conducir a un marco que se encuentre dentro del acuerdo original que haya permitido la adopción de la armonización. En fin, no creemos que la delegación pueda servir para ampliar el ámbito armonizado. De todas formas, tales actos delegados quedan sujetos siempre a control del Consejo, quien puede paralizarlos incluso antes de su entrada en vigor (art. 129.4). Esta aproximación es asimismo la que parece desprenderse del documento CCCTB/WP057/doc/en, donde menciona que la finalidad de los actos delegados de la Comisión en este ámbito tendría por objeto adaptar y mantener actualizada la lista de forma más sencilla.

En cuanto a las entidades no residentes, el artículo 2.2 se refiere a las sociedades que tengan una forma similar a alguna de las ya incluidas en el anexo I procedentes de cualquiera de los Estados miembros. La propuesta es consciente de las dificultades que pueda plantear este ejercicio, razón por la cual prevé en su artículo 3 que la Comisión, a través de actos delegados, adopte cada año una lista de formas jurídicas equivalentes de países terceros, competencias para cuyo ejercicio esta Institución queda sujeta a un procedimiento de control atribuido a los Estados miembros, quienes deben aprobar una propuesta de la Institución europea por mayoría cualificada¹². Tal lista, por otra parte, tendrá carácter ilustrativo y no taxativo puesto que el artículo 3.2 menciona expresamente que la falta de inclusión en la lista no impide que una determinada forma social pueda incorporarse al régimen armonizado. En tal caso, será necesario, entendemos, que se pueda acreditar la similitud con cualquiera de las formas sociales de cualquier Estado miembro incluida en el anexo. El proceso consistiría en la presentación de la solicitud por la que el establecimiento permanente de la sociedad no residente opte por el régimen armonizado. De acuerdo con los artículos 104 y 107 de la propuesta, será la autoridad fiscal competente de su lugar de ubicación la que determine si procede la aplicación del régimen, calificación que conlleva la de la simi-

¹² La previsión de la propuesta se refiere al procedimiento previsto en el artículo 131.2 de la misma, que se remite al Reglamento (UE) n.º 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DOUE L 55 de 28.2.2011).

litud con una forma jurídica europea contenida en el anexo de la propuesta. Este hecho, junto al sistema de recursos previstos, que es el propio del Estado miembro de la autoridad fiscal competente, puede, potencialmente, plantear problemas de interpretación y aplicación uniforme de la directiva que finalmente se adopte. ¿Podrá dar lugar a la planificación del lugar de ubicación del establecimiento permanente con el objeto de garantizar una respuesta afirmativa a la opción por el régimen armonizado?

Esta limitación del ámbito personal en atención a la forma jurídica puede crear diferencias entre Estados miembros debido al distinto rango de entidades cubiertas. Es más, tal distinción dependerá del resultado de la negociación en el Consejo ECOFIN, de forma que serán las autoridades nacionales las que determinen la extensión del marco subjetivo.

d) Sujeción a un impuesto sobre sociedades nacional

Es condición también, artículo 2.1 b), que la sociedad esté sujeta a un impuesto sobre sociedades de los relacionados en la propuesta. Su anexo II se compone de tantas entradas como Estados miembros y se refiere a sus impuestos sobre sociedades. Existe la previsión de que cualquiera de dichos impuestos sea sustituido por otros que tuvieran la misma naturaleza como consecuencia de reformas fiscales: estos estarían también cubiertos por la propia relación incluida en la directiva, de forma que no sería necesario modificarla por tal motivo. Debe entenderse que se trataría de impuestos cuyo objeto fuera el mismo, esto es, gravar la renta de las sociedades. Nada se dispone en relación con la existencia de impuestos complementarios. Los que existan a la fecha de entrada en vigor de la directiva y que no se mencionen en la misma, no se verán afectados. Respecto de los que se introduzcan con posterioridad, será necesario analizar en qué medida sus efectos interfieran con los fines del régimen armonizado finalmente adoptado, de donde resultaría su exclusión. ¿Serían estos aquellos cuya base de imposición coincida con la que es objeto de armonización? Parece que así debiera ser, so pena de incumplir con el objeto básico de la coordinación a la que se aspira; si los sujetos pasivos que se acojan a la misma quedaran sujetos adicionalmente a exacciones cuyo objeto fuera asimismo el gravamen general de la renta obtenida, se reproducirían los problemas que aquí se pretenderían solucionar. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, las previsiones del referido artículo 7 serían relevantes para apoyar esta interpretación al excluir la regulación nacional de esquemas de imposición sobre sociedades en materias reguladas en el marco armonizado.

En las otras directivas de armonización del impuesto se excluye de forma expresa los casos en que la sociedad tenga la posibilidad de exención. Debe entenderse que la referencia es a una exención general del propio impuesto, lo que puede suceder en caso de aplicación de regímenes especiales. La propuesta no menciona nada a este respecto, pero parece que puede obviarse dado que su finalidad es precisamente determinar la base por la que se grava la entidad y se deja al Estado miembro determinar el tipo de gravamen. No parece posible excluir que tal alícuota sea cero. Sí que la relación de rentas exentas está tasada en la propia propuesta de armonización.

Finalmente, el artículo 2.3 prevé que la Comisión pueda adoptar actos delegados con el objeto de modificar el anexo y tener en cuenta los cambios legales que se produzcan en los Estados miembros en relación con los impuestos sobre sociedades nacionales. Deberá tratarse de decisiones inspiradas por la necesaria similitud en la naturaleza y objeto de las figuras tributarias que se introduzcan. Curiosamente, no exige la norma que tal nuevo tributo venga a sustituir al incluido en la

lista original. Quizás así se debiera exigir. De nuevo se trata de actos sujetos a control del Consejo, que puede objetarlos y dejarlos sin eficacia, y del Parlamento Europeo.

El precepto que se comenta, artículo 2, contiene la referencia en dos párrafos respectivamente a entidades constituidas de acuerdo con la ley de un Estado miembro o de un Estado tercero. En ambos casos se menciona el gravamen de acuerdo con alguno de los impuestos relacionados en el anexo II. Debe evitarse la identificación entre lugar de constitución y lugar de residencia fiscal, aunque ambas circunstancias tiendan a coincidir bajo una misma jurisdicción. En todo caso, en cuanto a contribuyentes no residentes procedentes de terceros países, también se exige que los establecimientos permanentes queden sujetos a estos mismos impuestos de los Estados miembros, bajo los que deben tributar como no residentes, sin que nada se establezcan respecto de su imposición en su país de origen. La propuesta no contempla el caso en que los establecimientos permanentes no tributen por impuestos sobre sociedades sino por algún gravamen específico sobre la renta de no residentes. La redacción que adopte el Consejo debiera contemplar tales casos.

V. PRINCIPIOS DE LA BASE IMPONIBLE ARMONIZADA

Los trabajos preparatorios de la propuesta se hicieron eco de la vigencia de los principios jurídico-políticos que debieran inspirarla ¹³. En realidad, se trata de valores referidos generalmente al conjunto del sistema tributario cuya vigencia explica y justifica, de forma apriorística, la existencia de imposición general sobre la renta de sociedades así como los elementos más esenciales que la caracterizan, esto es, existe el impuesto sobre las sociedades porque la obtención de renta por parte de estas supone una manifestación de capacidad contributiva cuyo gravamen viene requerido para hacer efectivos principios como los de generalidad, justicia e igualdad.

Se ha defendido ¹⁴ que la propuesta debe, en cualquier caso, satisfacer las exigencias constitucionales de los Estados miembros en la materia. Así también lo entendemos puesto que la primacía del Derecho comunitario no excluye el juego de tales principios. De una parte, no cabe entender los Tratados europeos sino en el contexto del constitucionalismo continental contemporáneo; de otra, la finalidad de la legislación europea se limita en este aspecto en concertar para lograr el funcionamiento del mercado, objeto que no es incompatible ni puede determinar la desfiguración de los principios nacionales que deban inspirar la fiscalidad.

En este ámbito de reflexiones y la misma autora citada se plantea la incidencia que pudiera tener el carácter opcional del régimen propuesto en la realización del principio constitucional de igualdad, léase del principio de capacidad de pago, relevantes ahora. No surgirían conflictos, entiendo, si el régimen se ofreciera a todas las sociedades sujetos pasivos de la imposición concernida, incluidas las que se limitasen a operar a nivel interno.

Al margen de esta última cuestión y en función de estas conclusiones preliminares, parece que tiene más sentido detenerse en los principios que regirían el cálculo de la base imponible, que son

¹³ CCCTB/WP/001Rev1/doc/en *General Tax Principles*; SPENGEN, C. y MALKE, C., «Comprehensive Tax Base or Residual Reference to GAAP or Domestic Tax Law?», en *Common Consolidated Corporate Tax Base*, obra editada por M. LANG, P. PISTONE, J. SCHUCH y C. STARINGER, Linde, Ernst & Young.

¹⁴ HEY, J. «CCCTB - Optionality», en *Common...*, op. cit., pág. 98.

los que más incidencia tendrían en la satisfacción de los principios jurídicos y económicos propuestos y dada la finalidad última de la propuesta, concertar un elemento tributario sustancial para determinar el monto del tributo.

a) Principio de devengo

En la medida en que la base común pretende gravar los beneficios de un periodo concreto, es necesario determinar las operaciones que se produzcan durante el mismo. Según el documento CCCTB\WP\001Rev1\doc\en, las transacciones deben reconocerse cuando ocurran y registrarse en los periodos a los que correspondan; y cuando algunos beneficios sean objeto de diferimiento, caso de adquisición de maquinaria, solo debe imputarse la parte correspondiente de su coste.

El principio de devengo está recogido en cuatro artículos distintos de la propuesta. Entre los principios generales de cálculo de la base imponible, el artículo 9.1 dispone que las ganancias y pérdidas solo se reconozcan cuando se hayan realizado. El artículo 17 dispone que los ingresos, los gastos y demás elementos deducibles se reconozcan en el ejercicio fiscal en que se devenguen. El artículo 18 aclara cuándo se entienden devengados los ingresos, cuando nazca el derecho a percibirlos y puedan cuantificarse con exactitud razonable, independientemente de que se difiera su pago efectivo. Finalmente, el artículo 19 recoge las condiciones para entender devengado un gasto: cuando haya nacido la obligación de efectuarlo; cuando el importe de la obligación pueda cuantificarse con una exactitud razonable, y, en caso de comercio de bienes, cuando se hayan transferido los riesgos y ventajas significativos inherentes a su propiedad; en caso de prestación de servicios, cuando se hayan recibido.

La lectura de estas previsiones recuerda a las contenidas en las normas internacionales de información financiera. Estas han influido en la inclusión de estas definiciones. De esta manera, la imputación de las distintas partidas atiende al momento de la realización de las operaciones, es decir, a la corriente real de bienes y servicios con independencia de flujo monetario o financiero.

La propuesta alude así al momento del nacimiento del derecho en caso de ingresos. Si bien tal circunstancia puede determinarse de manera diferente en cada ordenamiento civil, no cabe duda de que ese es el tiempo en que tiene sentido imputar la renta puesto que es aquel en que se adquiere. En cuanto a su cuantificación, se trata de una circunstancia de hecho que remite a una valoración económica que será común en todas las jurisdicciones. Respecto del devengo de gastos, cabe hacer consideraciones similares. Las obligaciones pueden nacer en momentos distintos según lo dispuesto en las leyes civiles y lo mismo cabe decir respecto de la transmisión de riesgos. Pero de nuevo es la mejor solución puesto que es en tal momento cuando puede entenderse que se ha incurrido definitivamente en el gasto correspondiente.

Esta solución se construye sobre la base del principio de reconocimiento mutuo de normas domésticas. La norma implica reconocer lo que cada ley civil tenga dispuesto en la determinación de tales momentos. Será necesario además determinar cuál de dichos sistemas jurídicos rige cada transacción en particular, de acuerdo con los criterios de conexión que ofrece el Derecho internacional privado.

No se recogen métodos alternativos de imputación ni prevé de forma expresa la posibilidad de que el contribuyente pueda plantear planes especiales de imputación. Sin embargo, el artículo 9.3 pre-

vé excepcionalmente que se cambien los criterios utilizados de forma uniforme para el cálculo de la base imponible. Bien puede entenderse que la alteración del criterio de devengo constituya uno de esos cambios. La única previsión es que concurran circunstancias excepcionales, sin que exista referencia al cauce administrativo o procedimiento a instancia del interesado que permita su control o verificación. Por tanto, sería este quien lo aplicara dado el caso y solo cabría posterior inspección por parte de la Administración.

Es posible encontrar normas específicas para la imputación de resultados que alteran el juego del principio del devengo para los siguientes casos:

- La imputación del coste de inversión en activos no amortizables (art. 20).
- La imputación de rentas derivadas de activos y pasivos financieros mantenidos con fines de negociación, contenidas en el artículo 23.
- La imputación de rentas derivadas de contratos a largo plazo, por los que se entienden aquellos que se celebran para la fabricación, instalación, construcción o prestación de servicios, y se prolonguen o esté previsto que se prolonguen por un periodo superior a 12 meses (art. 24).
- La deducción de las provisiones por responsabilidades (art. 25), por pensiones (art. 26) y por insolvencias (art. 27).
- Las correcciones por pérdida de valor de existencias (art. 29.4) y del inmovilizado no amortizable (art. 41).
- La imputación de rentas relacionadas con instrumentos de cobertura (art. 28).
- Las rentas estimadas en caso de transferencia de elementos patrimoniales del inmovilizado de sujetos pasivos residentes en la UE desde este territorio a sus establecimientos permanentes ubicados en terceros países o de sujetos pasivos no residentes desde sus establecimientos permanentes situados en la UE también a países terceros (art. 31).
- Las rentas a imputar en relación con la entrada o abandono de sujetos pasivos del grupo consolidado (arts. 61 a 69).
- La imputación de rentas que corresponde efectuar en caso de entrada o abandono del régimen de base común armonizada, derivadas del cambio de normativa aplicable para el cálculo de la base imponible (arts. 44 a 53).

Por otra parte, no se encuentran previsiones concretas para las operaciones a plazos, ni para la imputación de subvenciones vinculada a la adquisición de activos amortizables, lo que se debe a que las mismas no generan ingresos ni gastos.

b) Principio de prudencia

El principio de prudencia, aunque no formulado de forma expresa, inspira los preceptos que permiten la deducibilidad de provisiones por responsabilidades, por pensiones del personal o por insolvencias.

También está prevista la corrección de valor de las existencias y de los activos no amortizables cuando el sujeto pasivo pruebe que, por circunstancias excepcionales, aquel se ha visto reducido de forma permanente al final del ejercicio (art. 41).

c) Principio de no compensación

De acuerdo con el artículo 9.2, las transacciones y demás operaciones sujetas deben valorarse de forma individual. En el caso de consolidación, el registro de las operaciones intragrupo debe efectuarse de manera que permita identificar todas las transferencias y ventas al menor de su coste y de su valor a efectos fiscales (art. 59.4).

d) Principio de uniformidad

El cálculo de la base imponible debe efectuarse de forma uniforme salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen su modificación, norma que parece invitar a su práctica directa por parte del sujeto pasivo quien deberá acreditar en comprobaciones posteriores la alteración del criterio y la excepcionalidad de la situación, valoración para la que no se ofrecen parámetros (art. 9.3). Existen especificaciones en la aplicación de este principio para la valoración de existencias, respecto de la que se requiere que el sujeto pasivo utilice un método de evolución de forma sistemática (art. 29.2).

En relación con los grupos consolidados, la propuesta dispone que los mismos apliquen un método uniforme y debidamente documentado para registrar las operaciones intragrupo, sin perjuicio de que se pueda modificar el método por razones comerciales válidas al principio del periodo impositivo (art. 59.3)

e) Principio de registro

El principio de registro aparece formulado en relación con los activos, artículo 32, y con los grupos consolidados, artículo 59.3, a los que se impone la obligación de registrar a través de un método consistente y adecuadamente documentado las transacciones intragrupo.

En el capítulo destinado a la gestión de la base armonizada, el artículo 113 se remite a los actos que pueda adoptar la Comisión para el archivo electrónico y sobre los documentos soporte de las partidas integradas en el cálculo de la base imponible.

f) Autonomía respecto de la contabilidad

La contabilidad va a ser un instrumento fundamental para controlar la base imponible común, puesto que la misma reflejará las partidas necesarias para su cálculo. Sin embargo, el modelo escogido por la propuesta es el de recoger todas las normas necesarias para determinar dicho elemento tributario con independencia de lo que se pueda disponer en las normas contables en relación con el cálculo e imputación temporal de las distintas partidas.

Esta es una cuestión fundamental que dio lugar a bastantes análisis y debate. La opción a considerar era si las cuentas elaboradas de acuerdo con los estándares internacionales de contabilidad podían ser utilizadas como punto de partida para calcular la base imponible: se practicarían los necesarios ajustes fiscales al resultado contable. Quedaba descartada la posibilidad de que tales reglas de contabilidad constituyeran por sí mismas la base imponible. Como se recoge en el documento de trabajo CCCTB/WP057\doc\en, mucha sociedades continuarían utilizando normas contables nacionales en lugar de los estándares europeos cuando las reglas sobre el contenido de la base imponible común deberían ser aplicables tanto si el punto de partida fueran las reglas contables europeas o las nacionales.

La Comisión Europea lanzó una consulta pública en 2005 con el objeto de recabar opiniones de expertos e interesados acerca de la utilización de los estándares internacionales de contabilidad para determinar una base imponible armonizada para las actividades intraeuropeas de las sociedades. De acuerdo con las respuestas recibidas, casi todos los partícipes en dicho proceso consideraron que una base común basada en las normas internacionales de contabilidad debería estar disponible para todas las sociedades y, por lo tanto, para que esto fuera posible era necesario que todas las sociedades pudieran utilizar dichas reglas contables. En ese momento, el uso de tales estándares por entidades diferentes a los grupos consolidados que cotizaban, únicos obligados a utilizarlas de acuerdo con el Derecho contable armonizado, requería autorización de cada Estado miembro. Las contribuciones a la consulta variaban en considerar como discriminatorio conducir a competencia injusta o a un trato no equitativo el hecho de que la base común no estuviera disponible para todas las sociedades. Algunas respuestas sugerían que esto no sería un problema en la práctica en la medida en que los Estados miembros permitieran eventualmente el uso de las normas contables estandarizadas y, respecto de los que no lo hicieran, verían evolucionar sus disposiciones contables hacia tales estándares internacionales. En todo caso, la opinión mayoritaria consideraba que utilizar un proceso de consolidación armonizada sobre la base de las estándares internacionales de contabilidad sin ajustes no era posible y que tales ajustes serían tales que no habría realmente mucha ventaja derivada de iniciar el proceso con los resultados de la consolidación contable.

En el documento de trabajo citado la Comisión afirmaba no ser posible establecer una relación formal entre la base común y los estándares internacionales de contabilidad. Podría haber ventajas derivadas de hacerlo así, de forma que las normas fiscales evolucionaran en línea con las contables. Sin embargo, muchos Estados miembros no permitían el uso de tales normas contables a sociedades individuales, así como se afirmaba que había reglas contables que no eran adecuadas para fines fiscales. Por otra parte, se argumentaba que, en la medida en que las normas contables iban a ser diferentes en cada Estado, tampoco era posible construir la base común a través de un sistema de ajustes sobre el resultado contable que permitiera llegar a una solución uniforme. Por tanto, era necesario definir la base imponible en las normas de armonización.

Dicho todo esto, es evidente que las normas internacionales de información financiera han constituido un elemento de referencia para construir algunos de los conceptos integrados en la propuesta. Sus principios y terminología han influido en el contenido final de la propuesta. Evidentemente, han constituido una herramienta de trabajo para guiar e informar los debates durante el proceso seguido por los grupos de trabajo constituidos para la construcción de la propuesta. Baste leer, entre otros, los artículos relativos al principio de devengo de ingresos o al devengo de gastos, la regulación de activos y pasivos financieros mantenidos con fines de negociación o la deducción de la provisión por responsabilidades. Por esta razón, así como por el hecho de la existencia de un

Derecho europeo sistemático y de que la interpretación de una norma europea requiera la referencia a otra normativa elaborada en la misma sede y dirigida al mismo ámbito territorial con el objeto de garantizar una aplicación lo más uniforme posible, van a conducir a que las normas contables armonizadas se constituyan en un instrumento de referencia para la comprensión de la base común.

g) Sustancia sobre la forma

La incorporación al acervo común del principio que hace prevalecer la sustancia de las operaciones sobre su forma jurídica no es sencilla como consecuencia de la distinta aproximación de las legislaciones nacionales a la cuestión del abuso del Derecho. El texto articulado propuesto no lo incluye; sí que se encuentran normas antiabuso específicas, como las que limitan las deducciones de pagos de intereses a sociedades vinculadas, las normas sobre transparencia fiscal internacional respecto de países no miembros de la UE así como las reglas de reversión de la exención de rentas de fuente exterior en el método de imputación cuando el gravamen soportado es sensiblemente inferior al que hubiera correspondido en territorio común.

Dicho lo anterior, se encuentran disposiciones específicas inspiradas en la idea de hacer prevalecer el contexto económico que rodea a determinadas transacciones y desconocer la forma jurídica recibida. Entendemos que estas previsiones son fruto de la influencia ejercida por las normas internacionales de información financiera sobre la regulación propuesta, en las que este principio juega un papel primordial en la búsqueda de que las cuentas ofrezcan una valoración de la realidad económica de la situación de la empresa. Es el caso, por ejemplo, de la definición recogida en el artículo 4 (20) de propietario económico, aquel en quien recaigan los beneficios y los riesgos vinculados a un elemento del inmovilizado con independencia de quién sea su propietario legal. La consecuencia de la introducción de este concepto es la atribución del derecho a practicar la amortización de los activos así como la atribución de los elementos del inmovilizado al objeto de aplicar la fórmula de reparto de la base imponible consolidada entre los miembros de un grupo. Otro tanto cabe concluir sobre el concepto de devengo y su concreción para determinar devengados los ingresos y los gastos.

h) Simplicidad, transparencia, seguridad jurídica y aplicabilidad

La regulación contenida en la propuesta aspira a ser lo más sencilla y transparente posible, con el objeto de mantener bajos los costes administrativos y de cumplimiento tanto para las Administraciones como para las empresas.

También se busca dar la mayor seguridad posible con el objeto de permitir la planificación de las obligaciones fiscales y permitir asimismo realizar previsiones fiables en la obtención de ingresos por el impuesto sobre sociedades. Sin embargo, este principio así como la aplicabilidad, si bien se facilitan con un texto sencillo y claro, pueden encontrar dificultades para su realización en la atribución de su administración a las autoridades fiscales nacionales de amplias facultades de interpretación y aplicación. Las dificultades antes indicadas para hacer efectivo el principio de uniformidad también pueden hacer resentir los de seguridad y aplicabilidad.

LA DEDUCCIÓN DE LAS DONACIONES IRREVOCABLES, PURAS Y SIMPLES A LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS

ISIDORO MARTÍN DÉGANO

*Profesor Titular de Derecho Financiero y
Tributario de la UNED*

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 Ley 49/2002, de 23 de diciembre, establece unos incentivos fiscales al mecenazgo de determinadas entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro. Si se trata de donaciones, donativos o aportaciones el beneficio consiste en una deducción en la cuota del respectivo impuesto personal del donante ya sea el IRPF, el IS o el IRNR. Sin embargo, no todas las donaciones a estas entidades pueden disfrutar de los beneficios fiscales aunque en el ámbito civil sean calificadas como tales. La Ley 49/2002 impone tres requisitos cuyo cumplimiento es necesario para que sean fiscalmente deducibles. Así, su artículo 17 exige que las donaciones sean *irrevocables, puras y simples*. Nada impide que se realice otra clase de donaciones pero, en ese caso, el donante no disfrutará del beneficio fiscal. El objeto de este trabajo es analizar el significado de cada uno de estos tres términos y los conflictos a los que ha dado lugar su exigencia en el ámbito tributario.

Palabras clave: Ley 49/2002, mecenazgo, deducciones, donativos y donaciones irrevocables, puras y simples.

TAX CREDIT FOR IRREVOCABLES AND UNCONDITIONALS DONATIONS FOR NON PROFIT ORGANIZATIONS

ISIDORO MARTÍN DÉGANO

*Profesor Titular de Derecho Financiero y
Tributario de la UNED*

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:

DONATIONS either in cash or in kind to qualifying Non profit organizations can benefit from income tax deduction in Spain. But these do not apply to all type of donations. Only irrevocables and unconditionals donations are deductible for the donor (individuals or corporations). This paper examines these conditions.

Keywords: non profit organizations, donations, donors and tax credit.

Sumario

1. Introducción.
2. La diferenciación entre donaciones, donativos o aportaciones en la Ley 49/2002.
3. El requisito previo de que el donatario cumpla con las exigencias de la Ley 49/2002 y las consecuencias de su incumplimiento.
4. Las donaciones irrevocables.
5. Las donaciones puras y simples.
6. El problema de las donaciones modales: ¿cabe imponer la afectación de lo donado a los fines de interés general?
 - 6.1. Antecedentes y regulación actual.
 - 6.2. La aplicación de los beneficios fiscales a este tipo de donaciones.
 - 6.3. La revocación de las donaciones modales.
7. Algunos supuestos problemáticos.
 - 7.1. Reconocimiento de la ENL al donante.
 - 7.2. Cuotas de las asociaciones de utilidad pública.
 - 7.3. La supuesta voluntariedad de la donación en las fundaciones vinculadas a colegios.
 - 7.4. Las donaciones a ENL como medidas alternativas a la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.
 - 7.5. Ventas o servicios por un precio inferior o superior al de mercado.
 - 7.6. La cesión de créditos a las ENL.
 - 7.7. Servicios religiosos.
 - 7.8. Donaciones por sociedades dependientes de la ENL donataria.
 - 7.9. El Impuesto sobre el Valor Añadido no compensado y no recuperado como donación al Estado.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente las donaciones a cierto tipo de entidades no lucrativas (en adelante, **ENL**) han disfrutado de incentivos fiscales en nuestro ordenamiento. En la actualidad las entidades beneficiarias de este mecenazgo y los beneficios que se aplican los donantes están regulados en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (en adelante, **Ley 49/2002**). Las primeras constituyen un amplio grupo de entidades públicas y privadas debiendo cumplir estas últimas los requisitos exigidos por el artículo 3 para tener la consideración de ENL a efectos de la Ley 49/2002. En cuanto a los beneficios, consisten en una deducción en la cuota del respectivo impuesto personal del donante ya sea el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 19), el Impuesto sobre Sociedades (art. 20) o el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (art. 21).

Sin embargo, no todas las donaciones a estas ENL pueden disfrutar de los beneficios fiscales aunque en el ámbito civil sean calificadas como tales. La Ley 49/2002 impone tres requisitos cuyo cumplimiento es necesario para que sean fiscalmente deducibles. Así, su artículo 17 exige que las donaciones sean *irrevocables, puras y simples*¹. Nada impide que se realice otra clase de donaciones pero, en ese caso, el donante no disfrutará del beneficio fiscal.

El objeto de este trabajo es analizar el significado de cada uno de estos tres términos y los conflictos a los que ha dado lugar su exigencia en el ámbito tributario.

Estos mismos requisitos son exigidos por algunas leyes autonómicas en relación con las deducciones aplicables en el IRPF a las donaciones efectuadas a las ENL por lo que las conclusiones a las que lleguemos también serán válidas en relación con ellas².

¹ El antecedente de esta norma fue la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (en adelante, **Ley 30/1994**). En ella los artículos 59 y 63 también exigían el carácter puro y simple de las donaciones y el artículo 66 la irrevocabilidad.

² Por ejemplo, en Aragón (art. 110.5 del DLeg. 1/2005, de 26 de septiembre), Canarias (art. 3 del DLeg. 1/2009, de 21 de abril) o Valencia [art. 4.Uno q) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre].

En el IRPF también se contempla una deducción por donativos para «las cantidades donadas a las fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano del protectorado correspondiente, así como a las asociaciones declaradas de utilidad pública, no comprendidas en el párrafo anterior [las de la Ley 49/2002]». Los porcentajes de deducción son menores que los de la Ley 49/2002 pero el artículo 68.3 b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, no exige condición alguna a esos donativos.

2. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DONACIONES, DONATIVOS O APORTACIONES EN LA LEY 49/2002

El Capítulo II del Título III de la Ley 49/2002 está dedicado a los beneficios fiscales otorgados a las personas que realicen «donaciones, donativos o aportaciones» a las ENL amparadas por esta ley³. Esta norma no define dichos conceptos a diferencia de lo que hace con las otras formas de mecenazgo recogidas en el Capítulo III (convenios de colaboración empresarial, gastos en actividades de interés general y los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público⁴).

Ante la ausencia de definiciones en la normativa tributaria hay que acudir al derecho común en el que solo encontramos una para la primera de las tres opciones. En efecto, el artículo 618 del Código Civil define la donación como el «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta».

Sin perjuicio de las particulares aportaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre dicho artículo, a las que iremos haciendo referencia a lo largo del trabajo, nos parece relevante recoger –en primer lugar– el resumen que hace de las mismas la Dirección General de Tributos (DGT) por la trascendencia que tiene su criterio en nuestro ámbito de estudio. La Contestación de 5 de octubre de 2007 [Consulta núm.V2098/2007 (NFC027696)] transcribe el artículo 618 y destaca: «La Doctrina civilista señala los siguientes elementos esenciales de la donación: 1.º El empobrecimiento del donante. 2.º El enriquecimiento del donatario. 3.º La intención de hacer una liberalidad (*animus donandi*). No existe donación cuando la entrega de bienes o derechos no va acompañada de la intención del donante de enriquecer al donatario. El Tribunal Supremo así lo ha señalado reiteradamente: "No puede considerarse un acto como donación, cuando es el interés de las partes y no la liberalidad de una de ellas lo que lo determina" (Sentencia de 22 de abril de 1967). "Cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación" (Sentencia de 7 de diciembre de 1948). "Faltando la liberalidad, no tiene el contrato los caracteres necesarios para constituir donación" (Sentencia de 2 de abril de 1928).»

³ En la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, también se hacía mención a estos tres términos. Así el Capítulo II del Título II llevaba por rúbrica «Régimen tributario de las *aportaciones* efectuadas a entidades sin fines lucrativos». El primer artículo de este Capítulo, el 59, estaba dedicado a las deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por los *donativos* efectuados y en esa misma norma, al establecer los porcentajes de deducción, se utilizaba el término *donaciones*. Lo mismo ocurría en el artículo 63 dedicado a las deducciones en el Impuesto sobre Sociedades.

⁴ Artículo 25: «1. Se entenderá por **convenio de colaboración empresarial** en actividades de interés general, a los efectos previstos en esta ley, aquel por el cual las entidades a que se refiere el artículo, a cambio de una ayuda económica para la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento del objeto o finalidad específica de la entidad, se comprometen por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en dichas actividades [...]».

Artículo 26: «1. Para la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes de los contribuyentes que operen en territorio español mediante establecimiento permanente o del rendimiento neto de la actividad económica de los contribuyentes acogidos al régimen de estimación directa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de deducibles **los gastos realizados para los fines de interés general** a que se refiere el número 1 del artículo 3 de esta ley [...]».

Artículo 27: «1. Son **programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público** el conjunto de incentivos fiscales específicos aplicables a las actuaciones que se realicen para asegurar el adecuado desarrollo de los acontecimientos que, en su caso, se determinen por ley [...]».

Partiendo de esta definición cabe preguntarse si las donaciones mortis causa entrarían dentro del ámbito del artículo 17 de la Ley 49/2002. Estas donaciones son las contempladas en el artículo 620 del Código Civil al establecer: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria». La subsistencia de estas donaciones es una cuestión discutida, aunque la mayoría de la doctrina y jurisprudencia considera que han perdido su identidad y naturaleza por lo que hay que entender que se trata de una institución suprimida, refundida en la del legado ⁵. En el ámbito tributario también se les da este tratamiento pues forman parte del hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones. En consecuencia, no se aplicarían los beneficios fiscales como tampoco se hace en relación con las herencias o legados ⁶. Conviene, por tanto, diferenciarlas claramente de las donaciones *inter vivos* pues sobre estas sí pueden llegar a aplicarse los beneficios fiscales. A este respecto se afirma que producen sus efectos por muerte del donante aquellas donaciones por las que el donante dispone, pero sin quedar vinculado ya (pues si lo queda, ya hay ese efecto inmediato), de bienes para que cuando muera los haga suyos el donatario. Así que con vinculación actual, al ser irrevocables, son donaciones *inter vivos*, entre otras, las que se proponen transmitir ya la titularidad de la cosa al donatario, aunque quede en manos del donante hasta su muerte ⁷.

Cabe también plantearse si otros negocios jurídicos *inter vivos* pueden tener la consideración de donación a efectos de nuestro estudio pues son realizados con ánimo de liberalidad, siendo este el elemento esencial de la donación. Desde el ámbito tributario se ha defendido que la condonación, asunción o pago de deudas a favor de una ENL son operaciones que generan los incentivos fiscales de la Ley 49/2002. Los autores que defienden esta tesis se basan en que tanto las normas contables como las del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones las asimilan a ellas ⁸. Para la doctrina civilista por acto de liberalidad se entiende aquel por el que una persona, sin estar obligado a ello, proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito, es decir, sin nada a cambio. Pero no toda liberalidad es una donación. Así no lo es el prestar servicios sin remuneración, perdonar deudas o renunciar a un derecho real. No obstante, como ciertas liberalidades pueden realizarse bien unilateralmente, bien mediante contrato, habrá donación en este segundo caso. Por ejemplo, no es donación la extinción de la deuda por perdón del acreedor (aunque se le apliquen ciertas reglas fijadas para la donación), sí lo es la extinción gratuita por acuerdo de acreedor y deudor ⁹. Este aspecto no plantea problema en nuestro ámbito de estudio pues, como veremos inmediatamente, la Ley 49/2002 exige una forma solemne para que se puedan aplicar las deducciones. Todos los argumentos de estos autores nos parecen correctos y a ellos habría que añadir una interpretación finalista del artículo 17 de la Ley 49/2002 —que pretende favorecer las aportaciones gratuitas a las ENL— para entender que también serían aplicables los beneficios fiscales.

⁵ CASTÁN TOBEÑAS (1993, pág. 228) y ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, págs. 604-614).

⁶ Artículo 11 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre,

⁷ ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 615).

Cabe plantearse si en estas donaciones *inter vivos* podrían ser aplicables los beneficios fiscales y cuándo lo serían. En nuestra opinión se aplicarían en el IRPF del donante-causante, a su fallecimiento, por sus herederos según establece el artículo 96.7 de la Ley 35/2006.

⁸ CRUZ AMORÓS y LÓPEZ RIBAS (2004, pág. 181). Véase la norma 21.ª de valoración del Real Decreto 776/1998, de 30 de abril, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y las normas de información presupuestaria de estas entidades y el artículo 12 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre.

⁹ ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, págs. 25-27).

Por último, también puede suscitar dudas si entrarían en estas liberalidades los contratos a favor de tercero cuando este es una ENL. Como es sabido, estos contratos son aquellos en los que una de las partes conviene que cumplirá la prestación en favor de un tercero, que no ha participado en el contrato, pero que adquiere el derecho a exigir directamente del prominente la prestación (art. 1.257, 2.º párrafo del Código Civil). En ellos intervienen tres partes: estipulante (quien establece la prestación pactada), promitente (el obligado a realizar la prestación) y el tercero o beneficiario. Pongamos un ejemplo: una persona contrata con una empresa para que lleve a cabo la restauración de la sede de la ENL. Lo que se plantea es si esa persona, el estipulante, puede disfrutar de los beneficios fiscales por la prestación que paga a la empresa-promitente en tanto está beneficiando a la ENL. En nuestra opinión, no habría problema alguno para admitirlo pues la relación entre el estipulante y la ENL, fundamento de la estipulación pactada a su favor, consiste en un acto de liberalidad con una *causa donandi* ¹⁰.

La diferencia entre «donaciones» y «donativos» no está recogida legalmente sino que más bien alude a la acepción usual de ambos términos ¹¹. En los dos se produce una atribución gratuita de bienes o derechos pero podría entenderse que se diferencian por la forma en la que se realiza el desplazamiento patrimonial o por el objeto que debe tener tal cesión. Así, los donativos suelen ser dinerarios, entregados manualmente, de menor cuantía y sin precisar de ningún documento en los que se formalice tal entrega bastando para que se perfeccionen con la entrega simultánea de lo donado. Por el contrario, la donación suele ser de bienes o derechos, requiere de la aceptación del donatario, y suele quedar reflejada por escrito cuando se trata de bienes muebles y obligatoriamente en escritura pública cuando se trata de bienes inmuebles según exige el artículo 633 del Código Civil. Pero, a los efectos de la aplicación de la Ley 49/2002, podemos entender que estamos ante términos que se utilizan de manera indistinta.

Tampoco existe una definición normativa para las «aportaciones». Con este término pensamos que se alude a las entregas gratuitas que se realizan para constituir una determinada clase de ENL, las fundaciones ¹². Es la denominada dotación fundacional regulada en el artículo 12 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones ¹³ (en adelante, **Ley 50/2002**), cuya deducción había planteado

¹⁰ LÓPEZ RICHART (2001, pág. 252). Este autor distingue entre la figura del contrato a favor de tercero y la del contrato impropio a favor de tercero. En este último, el tercero solo sería beneficiario pero no ostentaría un derecho de crédito frente al deudor para reclamar el cumplimiento de la prestación. No creemos que esta distinción pueda tener efectos prácticos en lo que concierne a nuestro estudio.

Al analizar la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido en los contratos a favor de tercero BLÁZQUEZ LIDOY (2007, pág. 216) también defiende la existencia de una donación.

¹¹ PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, pág. 227, nt. 444) también destaca la diferente acepción usual de estos términos. En su opinión, el «donativo» tiene un carácter modal pues se entrega para una finalidad determinada, una campaña o una finalidad concreta. Por el contrario, la «donación» se efectúa para contribuir genéricamente a los fines de la entidad. Por su parte, MÁRQUEZ SILLERO (2007, pág. 562) destaca que la diferencia reside en que los donativos son dinerarios y su entrega carece de formalidad alguna mientras que las donaciones se realizan en documento público y su objeto son bienes y derechos.

¹² No se podría aplicar esta interpretación a las aportaciones realizadas para constituir asociaciones puesto que estas solo están dentro del régimen de la Ley 49/2002 una vez que han obtenido la declaración de utilidad pública a través del procedimiento previsto en el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre. Para obtener tal declaración el artículo 32.1 e) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación exige que las asociaciones «se encuentren constituidas, inscritas en el Registro correspondiente, en funcionamiento y dando cumplimiento efectivo a sus fines estatutarios, ininterrumpidamente y concurriendo todos los precedentes requisitos, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud».

¹³ De acuerdo con esta norma la dotación puede aportarse de una sola vez o, si es dineraria, de forma sucesiva desembolsando el 25 por 100 y el resto en los cinco años siguientes.

problemas durante la vigencia de la Ley 30/1994 y que solo pudo resolverse por la DGT a través de la interpretación finalista ¹⁴. Hay que tener en cuenta que la fundación adquiere su personalidad jurídica con el acto de inscripción en el correspondiente registro (art. 4.1 de la Ley 50/2002) por lo que hasta ese momento no cumpliría el requisito del artículo 3.7 de la Ley 49/2002, que exige la inscripción. Con la inclusión de este término se garantiza que tales aportaciones también puedan ser deducibles. Estamos, pues, ante un acto de liberalidad que guarda muchas semejanzas con las donaciones lo que justifica la aplicación del mismo incentivo fiscal ¹⁵, como se ha reconocido en la Contestación de la DGT de 12 de septiembre de 2006 [Consulta núm. V1828/2006 (NFC023590)].

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, creemos que el artículo 17 de la Ley 49/2002 no utiliza el concepto estricto de donación del artículo 618 del Código Civil sino que cabría admitir otros negocios que se realizan con ánimo de liberalidad, en los que también hay un enriquecimiento de la ENL a costa de otro, consiguiendo el resultado económico de la donación. Se incluirían, por ello, las que parte de la doctrina civilista ha denominado *donaciones indirectas*, que son aquellas en las que «por un medio jurídicamente válido y realmente querido por las partes, pero diferente de los formalmente previstos para la donación en los artículos 618 y siguientes del Código Civil, se consigue el resultado típico de la donación, el enriquecimiento del donatario y empobrecimiento del donante enlazado por el *animus donandi*» ¹⁶. Si se acepta esta interpretación de acuerdo con los términos empleados por el artículo 17 de la Ley 49/2002, no creemos que pueda afectarle la prohibición de la analogía del artículo 14 de la Ley General Tributaria.

En aras de facilitar la claridad expositiva nos vamos a referir en los epígrafes siguientes a estas tres posibilidades de mecenazgo con el nombre genérico de donaciones.

Por último, para que cualquiera de estas donaciones pueda ser deducible se establecen unos requisitos formales que difieren, en algún caso, de los previstos por el Código Civil. En efecto, el artículo 24.2 de la Ley 49/2002 exige que la donación conste en «documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no se trate de donativos en dinero». Entendemos que esta exigencia formal también sería aplicable a la donación de derechos aunque dicha norma

¹⁴ Durante la vigencia de la Ley 30/1994 no se recogió incentivo alguno para las aportaciones entendidas en el sentido que defendemos. Por lo que se refiere a la dotación patrimonial, el criterio de la DGT fue que los incentivos fiscales al mecenazgo, si bien estaban referidos a ENL ya constituidas e inscritas en los registros correspondientes, podían ser también de aplicación a las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial (véanse, por ejemplo, las contestaciones de 13 de octubre de 1999 y de 31 de marzo de 2000 a las Consultas núms. 1857/1999 y 742/2000).

¿Qué pasaría si finalmente la fundación no se inscribe en el plazo de seis meses desde la escritura fundacional que establece el artículo 13 de la Ley 50/2002, de Fundaciones? Esta norma no prevé las consecuencias jurídicas de la no inscripción, sino la responsabilidad de los patronos por la no instancia de la inscripción. La doctrina considera que si la falta de inscripción se perpetúa y la fundación no accede al registro, lo procedente será acordar su extinción y liquidación con la devolución de lo aportado al fundador o causahabientes. En relación con la Ley 30/1994, véase MARTÍNEZ SANCHIZ (2001, pág. 1.344) y con la normativa vigente, NIETO ALONSO (2010, pág. 165). En este caso el donante tendría que regularizar los beneficios fiscales disfrutados indebidamente, aunque podría pedir la indemnización por daños ya que el artículo 13.2 de la Ley 50/2002 establece que los patronos responderán solidariamente de los que ocasione la falta de inscripción.

¹⁵ En cuanto a la naturaleza jurídica del acto de dotación fundacional la doctrina civilista entiende que no es propiamente una donación puesto que no puede haber aceptación del donatario (elemento esencial de la donación) ya que todavía no existe. No es una donación contractual sino un negocio gratuito y dispositivo al que se aplican por analogía las normas de la donación. Véase VATTIER FUENZALIDA (1996, pág. 1.062) y GONZÁLEZ PORRAS (2004, págs. 2.183 y ss.).

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO (1978, pág. 295).

no los mencione¹⁷. La escritura pública se utilizará en el caso de la donación de bienes inmuebles como prevé el artículo 633 del Código Civil. En relación con la donación de los bienes muebles el artículo 632 del Código Civil señala que la donación podrá hacerse verbalmente o por escrito. Sin embargo, la Ley 49/2002 exige una mayor formalidad pues, como hemos señalado, el artículo 24.2 impone que conste en «documento auténtico». Realmente lo que no permite la Ley 49/2002 es la aplicación del beneficio fiscal sobre la donación verbal pero no niega –como es lógico– la efectividad de esta. Este artículo 24 no define qué es un documento auténtico. En nuestra opinión no es necesario que sea un documento público –como en el caso de los inmuebles– sino que basta con cualquier documento en el que conste la identificación del bien donado, su valoración y la firma del donante y donatario. Por este motivo, pensamos que el requisito formal de la aceptación se cumple –al igual que cuando es en dinero– con la entrega del justificante a que la ENL está obligada por el artículo 24 de la Ley 49/2002¹⁸.

3. EL REQUISITO PREVIO DE QUE EL DONATARIO CUMPLA CON LAS EXIGENCIAS DE LA LEY 49/2002 Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

La aplicación de los beneficios fiscales sobre las donaciones irrevocables, puras y simples solo procede si el donatario es una de las entidades beneficiarias del mecenazgo incentivado fiscalmente por la Ley 49/2002. Estas entidades son las enumeradas en el artículo 16 y en algunas de sus disposiciones adicionales¹⁹. Entre las primeras están las ENL a las que sea de aplicación el régimen fiscal

¹⁷ En relación con la forma del contrato de donación ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 191) entienden «que puesto que para el Código todas las cosas y, aunque carezcan de cuerpo, todos los derechos son o bienes muebles o inmuebles (art. 333), la donación, sea de lo que sea, necesitará acogerse, según el caso, o a la forma pedida para la de inmuebles o la para muebles. Sin que quepa que, por no donar una cosa, sino un derecho, se pueda pensar (porque la letra de los arts. 618, 632 y 633 hable de *cosa*) que no precisa forma la donación de derechos (y hasta la donación de cosa es la del derecho de propiedad sobre ella)». A este respecto, más adelante (pág. 200), señalan que «presupuesto que para la ley (art. 333) todas las cosas y derecho son o inmuebles o muebles, y que, en última instancia, por exclusión, los que no son de aquellos son de estos, y habida cuenta de que el espíritu de la donación manual es que el donante se desprenda de la cosa o derecho y que los tome el donatario, pienso que son donables todos los derechos porque carezcan de cuerpo y de susceptibilidad de posesión, con tal de que sean aptos para ser puestos a disposición o en manos del donatario, lo que para ellos constituirá la *entrega* que pide el artículo 632. Si bien cuando la dación material, por ejemplo, de documentos en que conste el derecho o acrediten su titularidad, no transfiera sin más su pertenencia, sea preciso realizar, juntamente con la entrega, los trámites (por ejemplo, firma de documentación relativa al caso, etc.) transmisivos».

¹⁸ De acuerdo con el artículo 24 de la Ley 49/2002 las ENL están obligadas a entregar un certificado a los donantes que acredite la donación efectuada. No hay un modelo específico pero esta norma exige que consten estos datos:

- a) El número de identificación fiscal y los datos de identificación personal del donante y la entidad donataria.
- b) Mención expresa de que la ENL se encuentra incluida entre las entidades beneficiarias de mecenazgo de acuerdo con lo establecido en la Ley 49/2002.
- c) Fecha e importe del donativo cuando este sea dinerario.
- d) Documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no se trate de donativos en dinero.
- e) Destino que la ENL dará al objeto donado en el cumplimiento de su finalidad específica.
- f) Mención expresa del carácter irrevocable de la donación, sin perjuicio de lo establecido en las normas imperativas civiles que regulan la revocación de donaciones.

¹⁹ Las ENL del artículo 16 de la Ley 49/2002 son: fundaciones, asociaciones declaradas de utilidad pública, ONGD, delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones, federaciones deportivas españolas, las territoriales integradas en aquellas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español, federaciones y asociaciones de fundaciones, asociaciones declaradas de utilidad pública y organizaciones de desarrollo; el Estado, las

establecido en el Título II de esta ley. Además, para tener tal condición es necesario que algunas de ellas cumplan con los requisitos previstos en el artículo 3 de la norma. En concreto, las enumeradas en el artículo 2: las fundaciones; las asociaciones declaradas de utilidad pública; las organizaciones no gubernamentales de desarrollo (ONGD) a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones y las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos que acabamos de mencionar.

Partiendo de este condicionante, debemos plantearnos qué sucede si aplicado el beneficio fiscal se descubre, posteriormente, que la ENL no cumplía con los mencionados requisitos. El artículo 14.3 de la Ley 49/2002 ha previsto las consecuencias para las ENL obligándolas a devolver los beneficios fiscales disfrutados indebidamente. Sin embargo, la Ley 49/2002 no regula qué consecuencias tiene para los donantes el citado incumplimiento. A pesar de la falta de una previsión legal, en nuestra opinión, el donante ante estos hechos también debería regularizar su situación tributaria ingresando, en el periodo impositivo en que tenga conocimiento del incumplimiento, las cuotas correspondientes a las deducciones aplicadas y los intereses de demora que procedan ²⁰. Para ello nos basamos en una interpretación sistemática de la Ley 49/2002 pues su artículo 17.2 prevé que en los supuestos de revocación de la donación el donante devuelva los incentivos fiscales aplicados con el interés de demora. En todo caso, sería oportuna una regulación específica para estos casos pues, como veremos, se plantean ciertos problemas interpretativos ²¹.

comunidades autónomas y las entidades locales, así como los organismos autónomos del Estado y las entidades autónomas de carácter análogo de las comunidades autónomas y de las entidades locales; las universidades públicas y los colegios mayores adscritos a las mismas; el Instituto Cervantes, el Institut Ramon Llull y demás instituciones con fines análogos de las comunidades autónomas con lengua oficial propia.

Las entidades previstas en las disposiciones adicionales son: Cruz Roja Española y Organización Nacional de Ciegos Españoles (disp. adic. quinta); Obra Pía de los Santos Lugares (disp. adic. sexta); Consorcios Casa de América, Casa Asia e Institut Europeu de la Casa Mediterrània y el Museo Nacional de Arte de Cataluña (disp. adic. séptima); Fundaciones de entidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas con órganos de gobierno no retribuidos (disp. adic. octava); Iglesia Católica y demás confesiones que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español y Asociaciones y entidades religiosas de las confesiones con Acuerdo (disp. adic. novena); Instituto de España, Reales Academias integradas en él e instituciones de las comunidades autónomas con lengua oficial propia con fines análogos a los de la Real Academia Española (disp. adic. décima); Museo del Prado (disp. adic. decimotava).

²⁰ Como señalan BLÁZQUEZ LIDOY y MARTÍN FERNÁNDEZ (2001, pág. 93) solo se regularizará si se disfrutó de los beneficios fiscales. De esta manera, si en el año en que se produjo la donación no se pudo gozar del beneficio por falta de ingresos o falta de bases impositivas no habrá que regularizar.

Por otro lado, pensamos que el incumplimiento de los requisitos podría no suponer la pérdida total de la deducción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuando la donación se hizo a determinadas fundaciones o asociaciones de utilidad pública. En concreto se trata de las fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano del protectorado correspondiente y de las asociaciones declaradas de utilidad pública que no cumplan con los requisitos de la Ley 49/2002 o no hayan optado por la aplicación del régimen fiscal que contiene la misma. El artículo 68.3 b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas reconoce a estas ENL un porcentaje de deducción (10%) menor que el previsto en la Ley 49/2002 (25% o 30% si son actividades de mecenazgo prioritario) por lo que solo habría que regularizar por la diferencia.

²¹ Estamos ante una cuestión que requeriría de una mayor atención legislativa pues se plantean problemas ante los que no es fácil posicionarse. Por ejemplo, es discutible que se deba regularizar por parte del donante cuando en el momento de efectuar la donación se cumplían los requisitos pero en un momento posterior de ese mismo ejercicio impositivo ya no se cumplen: ¿es el momento en que se efectúa la donación cuando deben cumplirse los requisitos o tienen que cumplirse durante todo el año en el que aquella tiene lugar?, ¿qué ocurre cuando en la liquidación de la ENL los bienes no se destinan a otra ENL como exige el artículo 3.6 de la Ley 49/2002?, ¿se pierde la deducción solo en el periodo en que tiene lugar la liquidación o también en los anteriores no prescritos como señala el artículo 14.3 de la Ley 49/2002 para los beneficios fiscales de la ENL?

La regularización solo implica la devolución de los beneficios aplicados y del interés de demora pero sin sanción alguna. Lógicamente nos estamos refiriendo a un supuesto en el que exista un desconocimiento por parte del mecenas del citado incumplimiento. En este sentido, se echa en falta un registro público en el que los donantes pudieran consultar cuáles son las ENL acogidas a la Ley 49/2002 para tener mayor seguridad sobre el régimen de las donaciones realizadas. El donante tan solo tiene el justificante de haber realizado la donación en el que debe constar que la ENL que lo expide es una de las beneficiarias del mecenazgo protegido según establece el artículo 24.3 b) de la Ley 49/2002. Con ello pensamos que cumple con el deber mínimo de diligencia exigido para no sancionar. Si, por el contrario, era consciente desde un primer momento de que no se podía aplicar el beneficio fiscal, además de regularizar su situación, tendría que ser sancionado por disfrutar indebidamente de él.

Hay que destacar que la normativa tributaria no afronta la situación de desprotección en la que queda el donante ante el incumplimiento por la ENL de los requisitos ²². A este solo le queda acudir a la vía privada para lograr resarcirse de los daños y perjuicios que supone regularizar (por aplicación conjunta de los arts. 1.101 y 1.124 del Código Civil).

Pues bien, la regularización solo puede llevarse a cabo tras el conocimiento por el donante de que la ENL ha incumplido los requisitos fiscales. Esta situación puede ser descubierta por la propia ENL o por la Administración tributaria tras una actividad comprobadora. En este segundo supuesto, pensamos que la comunicación al donante puede hacerse por la propia Administración, a través de un requerimiento para que regularice, y que, en todo caso, deberá hacerse por la ENL. No tenemos constancia de que así esté sucediendo. Recibida esta información el donante debe regularizar y, si no lo hace, sí podrá ser sancionado. Se plantea, entonces, el problema de la forma y plazo para regularizar pues la Ley 49/2002 no lo ha previsto.

Por analogía podría ser aplicable el artículo 17.2 de esa misma ley previsto para los supuestos legales en los que se permite la revocación de las donaciones. Esta norma establece que el donante ingresará «en el periodo impositivo en el que dicha revocación se produzca las cuotas correspondientes a las deducciones aplicadas, sin perjuicio de los intereses de demora que procedan». Sin embargo, esta norma plantea bastantes problemas prácticos si se traslada al supuesto que nos ocupa, ya que solo al final del ejercicio se puede saber si se cumplen o no los requisitos del artículo 3 (por ejemplo, destinar un mínimo del 70% de las rentas a los fines de interés general). En la mayoría de los casos será imposible cumplir con esta obligación en el ejercicio del incumplimiento. Por ello entendemos que es aplicable la regulación que, con carácter supletorio, establece el artículo 122.2

Una situación similar se plantea en el caso de los «convenios de colaboración empresarial», otro tipo de mecenazgo incentivado fiscalmente por la Ley 49/2002. Estos convenios pueden tener una duración superior a un año. ¿Qué ocurre cuando la ENL incumple los requisitos en el tercer año de duración y el dinero se entregó a la firma del convenio? Según GARCÍA NOVOA (2001, pág. 118) la ENL debe cumplir con los requisitos durante todos los años de duración del convenio para que el aportante no pierda sus beneficios fiscales. Pero defiende, con acierto, que esto solo sea así cuando la empresa aportante haya tenido algún grado de responsabilidad en el incumplimiento de los requisitos, circunstancia que debe probar la Administración. De no probarse tal participación del mecenas el principio de seguridad jurídica –recogido en el art. 9.3 de la Constitución– aconseja mantener los beneficios fiscales.

²² Desde una perspectiva de *lege ferenda* podría plantearse que el incumplimiento de los requisitos por la ENL no influyera en la tributación del donante sino que, en todo caso, se obligara a devolver los beneficios fiscales a la ENL. Igualmente podría plantearse –dado que el donante no tiene responsabilidad alguna– si no habría resultado más oportuno que a tales efectos se ordenara devolver únicamente el interés legal y no el de demora.

de la Ley General Tributaria para cuando con posterioridad a la aplicación de un incentivo fiscal se produzca la pérdida del derecho a su disfrute por incumplimiento de los requisitos a que estuviese condicionado. De acuerdo con esta norma, el donante deberá incluir en la autoliquidación correspondiente al periodo impositivo en que se hubiera producido el incumplimiento la cuota o cantidad derivada de la deducción aplicada de forma indebida en los periodos impositivos anteriores junto con los intereses de demora. Aquí no se regulariza en el mismo periodo en que tiene lugar la acción de revocación sino que se retrasa a la autoliquidación correspondiente al periodo en que se incumplieron los requisitos. Si hubiera sido la ENL la que comunicara el incumplimiento podría pensarse que la regulación supondría la aplicación de los recargos del artículo 61.3 de la Ley General Tributaria por tratarse de una autoliquidación complementaria y extemporánea. Sin embargo, ni el artículo 122.2 de la Ley General Tributaria ni una interpretación finalista de esos recargos la avalan ya que el incumplimiento depende de un tercero y no del donante.

4. LAS DONACIONES IRREVOCABLES

De acuerdo con el artículo 623 del Código Civil las donaciones se perfeccionan desde el momento en que el donante conoce la aceptación del donatario. La donación supone un desprendimiento definitivo de lo donado por lo que no se puede deshacer una vez que ha sido aceptada. Siendo la donación un contrato, el donante no puede recuperar el bien o derecho donado por su propia voluntad sino por acuerdo entre las partes.

La irrevocabilidad es el primer requisito que exige el artículo 17 para que las donaciones sean deducibles y así ha de constar expresamente en el certificado que la ENL debe entregar al donante para justificar la realización de la donación, según dispone el artículo 24.3 f) de la Ley 49/2002. Solo se pueden aplicar los beneficios fiscales cuando existe seguridad de que la ENL será la única que disfrutará definitivamente de lo donado. No obstante, esta norma tras exigir tal justificante, a continuación, matiza «sin perjuicio de lo establecido en las normas imperativas civiles que regulan la revocación de donaciones»²³.

Con esta remisión al Código Civil se está aceptando, como no podía ser de otro modo, la posibilidad de que las donaciones sean revocables en los supuestos admitidos legalmente²⁴. Por tanto, con la revocación se deja sin efectos la donación, ya perfeccionada, si el donante decide ejercitar la acción correspondiente ante los Tribunales en los casos en que concurra alguna de las causas reconocidas en la ley. En consecuencia, la donación será deducible aunque en el momento de realizarla se especifique que podrá ser revocada si se dan las causas previstas legalmente.

²³ El artículo 66.5 de la Ley 30/1994 no contenía esta salvedad lo cual fue criticado por la doctrina entendiendo que la norma tributaria no podía contradecir las previsiones del Código Civil respecto a las causas de revocación, por lo que también resultaban aplicables a las donaciones deducibles, véase MARTÍNEZ LAFUENTE (1996, pág. 195).

²⁴ Una excepción a la posibilidad de la revocación es la de las «aportaciones» a la dotación fundacional. La mayoría de la doctrina defiende que la dotación, si se trata de un acto *inter vivos*, será irrevocable desde su perfección; si es *mortis causa* será revocable hasta la apertura de la sucesión, puesto que hasta el momento de la muerte del causante es revocable el testamento según prevé el Código Civil, véase FERRANDO VILLALBA (2008, págs. 303-304).

Las causas que facultan al donante para revocar la donación son ²⁵:

- a) Por superveniencia o supervivencia de hijos del donante (art. 644).
- b) Por incumplimiento de las cargas por el donatario (art. 647).
- c) Por ingratitud del donatario al cometer algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante o cuando imputara a este algún delito –a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad– o bien le niegue alimentos (art. 648).

Es difícil que algunas de estas causas de revocación se apliquen en el caso de las donaciones efectuadas a ENL, en particular la ingratitud del donatario, salvo que se entienda que incurrirán en ella sus representantes ²⁶. Pero las otras pueden ser más corrientes ²⁷. En particular cabe destacar el incumplimiento por la ENL de la carga impuesta por el donante en las donaciones modales (art. 647 del Código Civil), por ejemplo: la afectación del bien a un destino diferente del impuesto por el donante (donación de un inmueble para instalar la sede social).

Pues bien, en el caso de que se produzca la revocación, el artículo 17.2 de la Ley 49/2002 establece que el donante debe regularizar su situación devolviendo las cuotas correspondientes a las deducciones aplicadas y los intereses de demora que procedan. Esta cuestión será analizada con detenimiento en el epígrafe 6, dedicado a las donaciones modales, al que ahora nos remitimos.

Por último, creemos que de la exigencia de la irrevocabilidad se deduce otra consecuencia en el ámbito tributario: la prohibición de las donaciones con pacto de reversión. En virtud del artículo 641 del Código Civil se puede pactar, al celebrar el contrato, una cláusula por la que el donante o un tercero recobren lo donado ²⁸. La reversión puede darse si ocurre un hecho determinado, futuro e incierto o pasado que los interesados ignoren (en cuyo caso estaríamos ante una donación condicional) o si transcorre un plazo (en cuyo caso estaríamos ante una donación a término). Sin perjuicio de que más adelante profundizaremos sobre el tema, por lo que ahora interesa, el incumplimiento de la carga puede dar lugar al ejercicio de la revocación mientras que el de la condición a la resolución de pleno derecho de la donación ²⁹. La falta de aplicación de los beneficios fiscales para estas donaciones tiene

²⁵ La revocación de donaciones se regula en los artículos 644 a 653 del Código Civil. Para un estudio exhaustivo de estas causas véase SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2007).

²⁶ Sobre esta cuestión MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (2008, pág. 598).

²⁷ PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, pág. 239) entiende que, en la práctica, la única causa de revocación será la relativa a la supervivencia o superveniencia de los hijos, dada la exigencia de que todas las donaciones sean puras y simples. GIL DEL CAMPO (2010, pág. 357) tampoco considera que pueda darse la revocación por incumplimiento de cargas en el ámbito tributario pues no estaríamos ante donaciones puras y simples. Adelantamos que no estamos de acuerdo con estos autores.

²⁸ El artículo 641 del Código Civil dispone: «Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de solo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias. La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior es nula; pero, no producirá la nulidad de la donación.»

²⁹ Dice CASTÁN TOBEÑAS (1988, pág. 247) «la resolución de donaciones proviene del cumplimiento de condiciones resolutorias y no constituye una teoría especial, sino una aplicación de doctrinas comunes a toda clase de contratos. La revocación, en cambio, constituye una de las especialidades más características de la donación».

la misma justificación que la explicada en relación con la irrevocabilidad. Solo se puede disfrutar de los beneficios en tanto el desplazamiento patrimonial a la ENL sea definitivo. No obstante, la Ley 49/2002 contempla una excepción a estas donaciones con cláusula de reversión cuando se dona un derecho por un plazo determinado cumplido el cual el derecho retorna al donante³⁰. Nos estamos refiriendo al caso del usufructo³¹. Así, al calcular la valoración de las donaciones, el artículo 18.1 c) reconoce que el usufructo puede tener un carácter temporal, lo cual supone que estamos ante una donación a término y, en consecuencia, el derecho de usufructo se consolida a favor de la propiedad del donante. No podría ser de otra forma dado que el artículo 515 del Código Civil exige que la cesión del usufructo a una persona jurídica no exceda de 30 años. Basándonos en una interpretación sistemática y teleológica pensamos que la donación de otros derechos también puede estar sometida a un plazo impuesto por el donante (por ejemplo, el arrendamiento que también es esencialmente temporal) sin que esto impida la aplicación de los beneficios fiscales.

5. LAS DONACIONES PURAS Y SIMPLES

Las donaciones puras y simples no están definidas como tales en el Código Civil. Con esta denominación se hace referencia a una distinción doctrinal entre las distintas clases de donaciones.

Estas clasificaciones están basadas en la distinta regulación contenida en los artículos 618 y 619 del Código Civil. El primero se refiere a las donaciones puras y simples («La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta») mientras que el segundo se refiere al resto («Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado»).

Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS (1993, págs. 230-231), las donaciones se pueden clasificar, entre otras distinciones, por su causa o motivo y por sus efectos.

En la primera clasificación se diferenciaría entre las donaciones simples, por méritos y las remuneratorias. Las *simples* son las que no reconocen otra causa que la liberalidad del donante mientras que las otras se hacen a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante (siempre que no constituyan deudas exigibles). Por *méritos* serían las efectuadas en atención a las cualidades personales del donatario o las acciones que realiza de las que el donante no es beneficiario directo. Por *servicios* son las efectuadas con un ánimo liberal pero con la finalidad de remunerar al donatario por el servicio que prestó gratuitamente al donante. Ahora bien, como señalan ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, págs. 384 y 395) para que puedan ser calificadas por méritos estos deben constar en la donación. Asimismo, cuando son por servicios debe constar que son remuneratorias y cuáles son los servicios que se remuneran.

³⁰ El artículo 618 del Código Civil solo contempla la donación de *cosas*. Sin embargo, como señalan ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 57) el objeto de la donación también puede ser un derecho. Así lo ha previsto expresamente el artículo 17.1 a) de la Ley 49/2002 al referirse tanto a la donación de bienes como a la de derechos.

³¹ GIL DEL CAMPO (2010, pág. 349) señala que es una contradicción admitir fiscalmente la donación del usufructo cuando la doctrina las considera donaciones con cláusula de reversión y exigir que las donaciones sean puras y simples.

En la distinción por sus efectos, las donaciones *puras* se contraponen a las donaciones onerosas, modales o con carga (cualquiera de estas denominaciones se utiliza doctrinalmente para identificarlas) y a las condicionales. Son *onerosas* las que imponen al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. En ellas el incumplimiento de la carga no supone la ineficacia automática de la donación sino que tan solo permite la posibilidad de revocarla. Las *condicionales* serían aquellas en las que la existencia de la donación depende de un acontecimiento futuro e incierto. En estas el incumplimiento de la condición impuesta provoca la definitiva ineficacia de la donación (si la condición era suspensiva) o el final de sus efectos (si era resolutoria). No es fácil determinar cuándo estamos ante una donación modal y cuándo ante una donación condicional con pacto de reversión. Se trata de un problema de interpretación de la voluntad del donante sobre si quiso establecer una condición o una carga ³². Pero, una vez resuelto, las consecuencias son completamente diferentes: el incumplimiento de la carga puede dar lugar al ejercicio de la revocación mientras que el de la condición a la resolución de pleno derecho de la donación ³³. Las donaciones puras serían, en definitiva, aquellas en las que no existe carga o condición alguna.

Al imponer la Ley 49/2002 que las únicas donaciones deducibles son las puras y simples, creemos que esta exige un ánimo de liberalidad exclusivo sin pedir nada a cambio al donatario. En ellas se produce un empobrecimiento del donante y un correlativo enriquecimiento del donatario sin que se le imponga obligación o carga alguna, presente o futura. Un altruismo en estado puro en palabras de MARTÍNEZ SANCHIZ (2001, pág. 1.310). Son, por tanto, donaciones completamente beneficiosas por su naturaleza para el donatario en contraposición, fundamentalmente, a las onerosas o condicionales. Partiendo de estas premisas debemos plantearnos si algunas donaciones, que conceptualmente no son puras y simples, podrían disfrutar también de los beneficios fiscales. Nos referimos a aquellas en las que también existe un *animus donandi* y, por ello, una clara voluntad de enriquecer al donatario.

En primer lugar, creemos que no se debe excluir de los beneficios fiscales a las remuneratorias en cualquiera de sus dos modalidades ³⁴. Es el caso, por ejemplo, de la donación a una ONGD por las actividades que realiza a favor del tercer mundo (por méritos) o una donación a una Fundación asistencial por los cuidados médicos gratuitos que recibió el hijo del donante (por servicios). No creemos que el motivo por el que se realiza la donación –ya sea por méritos o por servicios recibidos– tenga incidencia a la hora de permitir la aplicación de los incentivos fiscales sobre las donaciones remuneratorias como podría deducirse de una interpretación literal y estricta de la mención de las donaciones «puras y simples» ³⁵. Hay que tener en cuenta que en las donaciones remuneratorias siempre hay un enriquecimiento para el donatario, al igual que en las puras, mientras que en las onerosas no siempre se produce pues

³² ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 476) señalan que en cada caso concreto la investigación sobre si se trata de un negocio condicional o modal se resuelve en una *quaestio facti*, en las que no deben pesar excesivamente las palabras utilizadas por el sujeto ya que el mismo artículo 647 del Código Civil llama condición al modo.

³³ A este respecto ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 475) afirman «se diferencia el modo de la condición en que de esta *dependen* los efectos del negocio, mientras que tales efectos, en el negocio modal, se producen independientemente del modo, que solo *obliga* a cumplir este (aunque como sanción, si se incumple, sea posible revocar el negocio, que ya fue eficaz. Para expresar tal diferencia se dice que la condición suspende (más exacto sería decir que hace inciertos los efectos), pero no constriñe, y el modo constriñe, pero no suspende».

³⁴ Existe un amplio debate doctrinal sobre si las donaciones remuneratorias abarcarían dos tipos de donaciones (por méritos o por servicios) o si, por el contrario, la donación remuneratoria lo es solo por servicios siendo la de por méritos un tipo independiente. Véase ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, págs. 360-382).

³⁵ En el mismo sentido RODRÍGUEZ BLANCO (2005, pág. 180), si bien este autor defiende que las donaciones condicionales tampoco queden fuera de los incentivos fiscales.

depende de la carga impuesta³⁶. En este sentido, la doctrina civilista coincide en que las donaciones por méritos son donaciones simples sin especialidad alguna. El motivo subjetivo por el que se forma el *animus donandi* no altera la tipificación de la donación³⁷. En cuanto a las remuneratorias por servicios tampoco quedarían excluidas de los beneficios fiscales en tanto el enriquecimiento del donatario no se ve alterado por realizarse en agradecimiento (deuda moral) de un servicio recibido gratuitamente por el donante. En este sentido, las remuneratorias no contienen especialidad alguna desde el punto de vista del donatario siendo también beneficiosas para la ENL por definición. Para reforzar este argumento debemos tener presente que la Ley 49/2002 permite e incentiva las donaciones realizadas por empresas cuyo último fin es potenciar su imagen comercial. De lo que puede deducirse que al legislador no le preocupa el motivo que lleva al mecenazgo, sino que este se cumpla.

En segundo lugar debemos estudiar si determinadas donaciones condicionales pueden ser deducibles. Al examinar el requisito de la «irrevocabilidad» hemos defendido la no deducibilidad de las donaciones en las que el donante impone una condición en virtud del artículo 641 del Código Civil. Sin embargo, pensamos que existe una excepción. En concreto nos referimos a aquellas cuya eficacia dependa del cumplimiento de los requisitos fiscales por la ENL. Como ya hemos comentado, ante el incumplimiento por la ENL de los requisitos de la Ley 49/2002, el donante tendría que regularizar incluyendo en la autoliquidación correspondiente los beneficios fiscales con los intereses de demora que procedan.

Pues bien, en previsión de esta situación el donante podría establecer la siguiente condición resolutoria: realizo la donación siempre que la ENL cumpla con los requisitos del artículo 3 en ese ejercicio. En nuestra opinión, la donación debería ser deducible pues tiene las mismas características que las puras y simples siendo plenamente eficaz, desde el momento en que se efectúa. Es una condición, por otra parte, consustancial a la propia deducción, ya que la ley solo la permite si se cumplen los requisitos. Si el donante no actúa así, no solo perdería los beneficios fiscales en caso de incumplimiento sino que no recuperaría lo donado a una ENL con unas características distintas de las que pensaba que tenía cuando realizó la donación. Al resultar ineficaz el negocio jurídico la donación dejaría de tener efectos y el donante podría recuperar lo donado³⁸, aunque tendría que devolver los beneficios fiscales indebidamente disfrutados³⁹. Otra solución a este problema, que no requiere establecer condiciones, podría venir por la impugnación de la donación alegando error consistente en considerar que la ENL cumplía con los requisitos siendo ello lo que le llevó a donar. La impugnación se apoyaría en el error de haber creído en la existencia de unos méritos (requisitos) inexistentes, error que fue determinante en la voluntad de donar⁴⁰.

³⁶ Por ello SANTOS MORÓN (2005, pág. 331) también defiende que las donaciones remuneratorias tengan el mismo régimen que las donaciones puras.

³⁷ LÓPEZ PALOP (1940, pág. 40).

³⁸ Los efectos de la reversión se producen automáticamente de modo que el donante recobrará lo donado tal cual estaba cuando lo donó. Por tanto, libre de las cargas impuestas sobre el bien después de la donación. Lógicamente quedarían a salvo los supuestos en los que la devolución no fuera posible por desaparición o porque lo donado haya quedado sometido a los derechos de adquirentes protegidos por la fe pública registral o la adquisición de buena fe si se trata de bienes muebles (art. 464 del Código Civil). En estos casos, al donante le corresponderá la indemnización por el perjuicio que le haya supuesto la pérdida de la cosa, véase ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, págs. 531-532).

³⁹ RODRÍGUEZ BLANCO (2005, pág. 181) defiende la aplicación analógica del artículo 17.2 si bien para todo tipo de donaciones con condiciones resolutorias.

⁴⁰ Según ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 385) la impugnación por error es posible por la remisión que hace el artículo 631 del Código Civil a las normas generales de los contratos y obligaciones en todo lo no regulado espe-

Finalmente, en determinadas donaciones modales cabe que la carga sea que el bien donado se destine a los fines de interés general de la ENL. ¿Se pierde con ello la deducción fiscal al no ser una donación pura y simple? Por la trascendencia de la cuestión la analizaremos en el siguiente epígrafe.

6. EL PROBLEMA DE LAS DONACIONES MODALES: ¿CABE IMPONER LA AFECTACIÓN DE LO DONADO A LOS FINES DE INTERÉS GENERAL?

6.1. Antecedentes y regulación actual

Como ya hemos señalado, las donaciones puras se contraponen a las onerosas, modales o con carga. Estas donaciones son aquellas en las que el donatario queda obligado a realizar la prestación impuesta por el donante, siempre que el gravamen que se le impone sea inferior al valor de lo donado (art. 619 del Código Civil).

En nuestro ámbito de estudio la carga supondría destinar lo recibido a los fines de interés general propios de la ENL. El ejemplo característico suele estar relacionado con la donación de inmuebles o terrenos en los que situar la sede de la ENL o construir un hospital o un colegio. Pero también podría afectar a las donaciones dinerarias como cuando se entrega dinero para que la ENL lo destine a becas para personas necesitadas o a un proyecto concreto de los varios que se desarrollan (bien sea para un determinado territorio o para una campaña específica). En todo caso, para tener tal consideración la carga en cuestión debe constar expresamente pues, como señala CASTÁN TOBEÑAS (1993, pág. 265), no hay donación modal cuando no existe gravamen, es decir, cuando no se impone una obligación al donatario sino un simple deseo, consejo o recomendación que no obliga, por lo que estaríamos ante una donación pura.

Pues bien, el problema que planteamos en este epígrafe es si este tipo de donación da lugar a los incentivos fiscales de la Ley 49/2002 en tanto no se puede considerar estrictamente como «pura y simple». Para afrontar este problema es necesario analizar la evolución de la normativa al respecto desde la antigua Ley 30/1994 hasta la norma vigente.

Durante la vigencia de la Ley 30/1994 también se exigía que las donaciones fuesen puras (arts. 59 y 63). Sin embargo, al mismo tiempo, la propia ley impedía al donatario la libre disponibilidad de los bienes o derechos recibidos pues le imponía unas cargas: debía existir una vinculación directa entre lo donado y las actividades a través de las cuales la ENL llevaba a cabo sus fines. Así el artículo 63.1 b) exigía que los bienes donados «contribuyan a la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a) [...] (precepto que recogía los fines de interés general)». A su vez, el artículo 63.1 c) señalaba que las donaciones en dinero fueran destinadas a «la realización de las actividades que la entidad donataria efectúe en cumplimiento de los fines previstos en el artículo 42.1 a) [...]». No era, por tanto, el donante quien establecía la carga

cíficamente para ellas en dicho Código. Y dado que en toda la regulación de la donación no se aborda lo relativo a su nulidad en general ni en particular a su impugnabilidad por vicios de la voluntad, hay que acudir a lo que se dispone sobre estos en general y sobre el error en particular en los artículos 1.265 y siguientes.

sino la propia ley la que imponía un destino al bien convirtiendo a la donación en modal, lo cual podría ser contrario a la exigencia de que, a su vez, la donación fuese pura y simple ⁴¹.

Esta contradicción entre el carácter puro de las donaciones y el destino específico que se debía dar a las mismas se salvó doctrinalmente entendiendo que dicha exigencia no se oponía tanto al carácter modal de aquellas como a la prohibición de cláusulas de reversión o limitaciones temporales. Una interpretación literal hubiese llevado al absurdo de imponer un tipo de donaciones a las que la propia Ley 30/1994 negaba el disfrute de los beneficios fiscales ⁴².

Esta situación ha cambiado radicalmente con la Ley 49/2002. En la actualidad no se requiere que las donaciones contribuyan directamente a la realización de las actividades que la ENL efectúa en cumplimiento de sus fines de interés general. En el vigente artículo 17 de esta ley no se exige un destino concreto para los bienes o derechos donados por lo que la ENL puede disponer libremente de ellos ⁴³. Esta interpretación ha sido aceptada por la DGT en su Contestación de 2 de octubre de 2003 [Consulta núm. 1514/2003 (NFC018465)] en la que se compara la Ley 30/1994 con la Ley 49/2002, afirmándose lo siguiente: «en relación con el donante se produce una importante novedad, por cuanto de conformidad con el artículo 17 de la Ley 49/2002, darán derecho a practicar las deducciones reguladas en el Título III de la misma, los donativos y donaciones dinerarios de bienes y derechos realizados a favor de fundaciones que cumplan los requisitos previstos por la propia ley, **sin que ahora se exija que contribuyan a la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento de los fines de la entidad sin ánimo de lucro.**»

Por tanto, en nuestra opinión, se puede donar dinero y la ENL dedicarlo a la realización de actividades ajenas a su finalidad (adquisición de acciones, deuda pública, u otro tipo de inversiones financieras ⁴⁴) y, de igual modo, se pueden donar bienes que no estén relacionados con las actividades de la ENL

⁴¹ A pesar de ser calificadas por la ley como puras y simples, para VATTIER FUENZALIDA (1996, pág. 1.066) era claro que estábamos ante una donaciones onerosas con carga, gravamen o modo pues la ENL estaba obligada a darles el destino predispuesto por el donante o, en su defecto, el que se acomodara a los fines generales propios de la entidad. Sin embargo, DEL CAMPO ARBULO (2000, pág. 373) consideraba que tales donaciones no eran de naturaleza modal puesto que «la realización de actividades de interés general por el donatario es un *prius* no una condición consecucencial que el donante imponga por su propia iniciativa al donatario».

⁴² JIMÉNEZ DÍAZ (1998, pág. 198), y también BLÁZQUEZ LIDOY y MARTÍN FERNÁNDEZ (2001, pág. 91).

⁴³ Lógicamente nos estamos refiriendo a la donación de bienes que no formen parte del Patrimonio Histórico. Así el artículo 13 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, obliga a los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes «a permitir y facilitar su inspección por parte de los organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de estos, y su visita pública, en las condiciones de gratuidad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración competente cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá igualmente acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un periodo máximo de cinco meses cada dos años».

⁴⁴ No existe total libertad para realizar este tipo de inversiones pues las ENL tienen ciertas restricciones establecidas en el Código de conducta aprobado por acuerdo de 20 de noviembre de 2003 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La disposición adicional tercera de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, bajo la rúbrica de «restricciones relativas a las inversiones financieras temporales de entidades sin ánimo de lucro» dispone que «la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y el Ministerio de Economía, cada uno en el ámbito de su supervisión, aprobarán códigos de conducta que contengan las reglas específicas a las que deberán ajustarse las inversiones financieras temporales que hagan las fundaciones, establecimientos, instituciones y asociaciones sin ánimo de lucro, colegios profesionales, fondos de promoción de empleo, mutuas de seguros, mutualidades de previsión social, mutuas de accidentes de trabajo». En virtud de este Código las ENL tendrán que informar anualmente al Protectorado sobre sus inversiones las cuales se basarán en la seguridad, liquidez y rentabilidad que ofrezcan las distintas posibilidades de inversión.

para que esta, a su vez, los explote (un restaurante), venda (objetos artísticos) o done (alimentos, ropa, libros...). La ENL tiene libertad para disponer del dinero o bienes recibidos ⁴⁵. Lo importante es que la ENL cumpla con el requisito del artículo 3 de la Ley 49/2002 de destinar, como mínimo, el 70 por 100 de sus ingresos a la realización de sus fines de interés general ⁴⁶. Si se cumple con este requisito el destino que se dé a lo donado es indiferente para el donatario. Esta exigencia resulta coherente con el fin perseguido por la Ley 49/2002, como es incentivar la realización de este tipo de actividades, pues este es el modo de asegurarse que las mismas se lleven a cabo. Además, este control se refuerza por la imposición legal de un plazo de cuatro años en el que deben reinvertirse las rentas obtenidas en el fin fundacional. En definitiva se trata de evitar que las ENL se limiten a acumular rentas y no dispongan de ellas en favor de la sociedad. En este sentido, entendemos que toda ENL favorecida por los beneficios fiscales no solo lo está por carecer de fin de lucro sino, sobre todo, por el destino que da a sus rentas.

6.2. La aplicación de los beneficios fiscales a este tipo de donaciones

La posibilidad de que se done cualquier tipo de bienes o derechos contemplada en la Ley 49/2002 no resuelve el problema que estamos planteando en este epígrafe: si la imposición por el donante de un destino específico para lo donado impide el disfrute de los incentivos fiscales. Es decir, si la existencia de esta carga, que la ENL tiene que cumplir, impide o no la deducción fiscal. En la actualidad el problema no lo plantea la propia ley, como ocurría en la Ley 30/1994, sino el donante al establecer que la donación sea modal. Todo ello con independencia de la ya aludida dificultad para distinguir modo y condición.

En nuestra opinión, habría que distinguir en función de la carga que se impone, es decir, si la misma está relacionada o no con los fines de interés general de la ENL.

⁴⁵ También defienden esta postura PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, pág. 230), CRUZ AMORÓS y LÓPEZ RIBAS (2004, pág. 178), MÁRQUEZ SILLERO (2007, pág. 571) y GIL DEL CAMPO (2010, pág. 350). Sin embargo, CASANELLAS CHUECOS (2003, pág. 121) entiende que se sigue manteniendo la vinculación de lo donado con los fines de interés general. Para ello se basa en que en el justificante de la donación efectuada debe constar el «destino que la entidad donataria dará al objeto donado en el cumplimiento de su finalidad específica» [art. 24.3 e)]. En nuestra opinión, esta norma obliga a informar al donante del destino de la donación, el cual puede ser ajeno al fin fundacional. Si el donante no está de acuerdo puede no efectuar la donación.

⁴⁶ El artículo 3.2 exige a las ENL:

«Que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70 por 100 de las siguientes rentas e ingresos:

- a) Las rentas de las explotaciones económicas que desarrollen.
- b) Las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad. En el cálculo de estas rentas no se incluirán las obtenidas en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes y derechos en los que concurra dicha circunstancia.
- c) Los ingresos que obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales ingresos. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios o del objeto de la entidad sin fines lucrativos. En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de su constitución o en un momento posterior.

Las entidades sin fines lucrativos deberán destinar el resto de las rentas e ingresos a incrementar la dotación patrimonial o las reservas.

El plazo para el cumplimiento de este requisito será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido las respectivas rentas e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio.»

De acuerdo con este criterio vamos a señalar, en primer lugar, aquellos supuestos en los que consideramos que la carga impide la deducción fiscal.

Si la carga puede desnaturalizar los fines de la ENL es evidente que impediría el disfrute de los beneficios fiscales⁴⁷. Un ejemplo de ello podría ser el planteado en la Consulta núm. V0002/2011 (NFC040108): una fundación cuyo fin es atender al cuidado de los ancianos que carezcan de recursos, y la formación y ocupación de personas con discapacidad suscribe un contrato con una sociedad mercantil por el que recibe un usufructo temporal, a título gratuito sobre un inmueble, y otro inmueble en concepto de donación. A cambio la sociedad mercantil percibiría todas las ayudas o subvenciones públicas que recibiera la consultante como consecuencia de los servicios de residencia de la tercera edad. La operación se realiza con conocimiento de la Consejería autonómica competente, que otorga una subvención por cada plaza pública en la residencia de la tercera edad siendo la fundación mera destinataria formal de la subvención, ya que aquella obliga a las entidades mercantiles a estar o actuar bajo el protectorado de una ENL. En la Contestación de 3 de enero de 2011 la DGT no se pronuncia expresamente sobre la calificación jurídica efectuada por la entidad consultante de las distintas operaciones. No obstante, entiende que tanto el usufructo temporal del inmueble como la donación del otro inmueble no son donaciones puras y simples pues están condicionadas a que la sociedad mercantil donante tenga la explotación de la residencia de la que es titular la consultante. Con independencia de la calificación jurídica que se pueda dar a esta operación —probablemente un negocio jurídico indirecto— aunque los datos no son suficientes, si se tratara efectivamente de una donación, esta sería modal. En este caso la carga impuesta supondría la entrega de las donaciones obtenidas (siempre que fueran inferiores al valor de lo donado) e impediría los beneficios fiscales.

Lógicamente también quedarían excluidas las donaciones modales en las que la carga implique el incumplimiento de los requisitos del artículo 3 de la Ley 49/2002 en tanto las ENL dejarían de ser consideradas beneficiarias del mecenazgo a efectos del artículo 16. Sería el caso, por ejemplo, de la donación a una fundación asistencial de un inmueble por uno de sus patronos imponiendo que con parte de lo obtenido por su venta se pague la residencia en la misma de sus familiares o de él mismo hasta su muerte, en tanto estaría vulnerando el requisito previsto en el artículo 3.4 de la ley⁴⁸. O

⁴⁷ En el ámbito de las fundaciones esta posibilidad está contemplada en el artículo 22.2 de la Ley 50/2002 que establece: «La aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo este ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta ley». Por tanto, se admite recibir donaciones onerosas o remuneratorias, pero si de algún modo resultan lesivas para la fundación, el Protectorado ejercerá la acción de responsabilidad por daños y perjuicios contra los patronos prevista en el artículo 17.2 de la ley.

⁴⁸ Artículo 3.4: «Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se benefician de condiciones especiales para utilizar sus servicios. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a las actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico, ni a las actividades de asistencia social o deportivas a que se refiere el artículo 20, apartado uno, en sus números 8 y 13, respectivamente, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni a las fundaciones cuya finalidad sea la conservación y restauración de bienes del Patrimonio Histórico Español que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o de la ley de la respectiva comunidad autónoma que le sea de aplicación, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes. Lo dispuesto en el primer párrafo de este número no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior.»

aquella por la que se exige que, a la extinción de la fundación, lo donado revierta al donante pues sería contraria al artículo 3.6 de la Ley 49/2002 ⁴⁹. A contrario sensu sería válida la cláusula por la que se consigue cumplir este último requisito. Es decir, cuando el modo consiste en que, en caso de extinción de la ENL, los bienes donados se destinen a una concreta fundación.

Pasamos ahora a comentar las cargas que sí estarían relacionadas con el espíritu de la Ley 49/2002. En primer lugar, no creemos que exista problema en aplicar la deducción cuando se dona dinero o bienes muebles para destinarlos a una actividad concreta. El ejemplo típico es el de destinarlos a uno de los varios proyectos que desarrolla una ENL (ya sea en un determinado territorio o para una campaña específica) ⁵⁰ o bien que se destine lo donado a incrementar la dotación fundacional en el caso de las fundaciones ⁵¹. En realidad la mayoría de las donaciones a las ENL se hacen con la finalidad de que lo donado coadyuve directamente al fin de interés general aunque no se imponga carga alguna ⁵². A ello se une que la carga impuesta puede consistir en cualquier tipo de limitación al donatario, sea o no susceptible de valoración económica. Y, en el caso que nos ocupa, claramente no lo es. Así, se ha defendido que cuando el modo no tiene contenido económico puede entenderse que las donaciones modales se equiparan a las donaciones puras y simples ⁵³. Este también parece ser el criterio de la DGT en la Contestación de 10 de febrero de 2006 a la Consulta núm. V0245/2006 (NFC021878), aunque el supuesto no sea exactamente el mismo que analizamos. Ante una donación de dinero a un ayuntamiento (entidad beneficiaria del mecenazgo) para que se adquiriera una escultura a instalar en el término municipal la

⁴⁹ Artículo 3.6: «Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta ley, o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, y esta circunstancia esté expresamente contemplada en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta, siendo aplicable a dichas entidades sin fines lucrativos lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 97 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

En ningún caso tendrán la condición de entidades sin fines lucrativos, a efectos de esta ley, aquellas entidades cuyo régimen jurídico permita, en los supuestos de extinción, la reversión de su patrimonio al aportante del mismo o a sus herederos o legatarios, salvo que la reversión esté prevista en favor de alguna entidad beneficiaria del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta ley.»

En la Contestación de 6 de abril de 2005 [núm. V0568/2005 (NFC020578)] se señala que, a estos efectos, las cooperativas no tienen la condición de entidades beneficiarias del mecenazgo. Por tanto, la aceptación de una donación con la condición de que a la disolución de la fundación el inmueble donado revierta al donante-cooperativa incumple el requisito del artículo 3.6 de la Ley 49/2002.

⁵⁰ Al margen de razones sentimentales o de simpatía, en ocasiones, la imposición de un destino puede estar motivada por razones puramente fiscales. Hay que tener en cuenta que los porcentajes de deducción y los límites de las deducciones se incrementan hasta cinco puntos porcentuales en las «actividades prioritarias de mecenazgo» según prevé el artículo 22 de la Ley 49/2002. Cuando una ENL realiza distintas actividades puede que unas estén contempladas en la Ley de Presupuestos como prioritarias y otras no, por lo que la afectación tiene un tratamiento fiscal distinto.

⁵¹ El artículo 12.4 de la Ley 50/2002 establece que: «Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.»

⁵² En el mismo sentido CASANELLAS CHUECOS (2003, pág. 61) y RODRÍGUEZ BLANCO (2005, págs. 128 y 179). DEL CAMPO ARBULO (2000, pág. 373) entiende que se pueden realizar donaciones a fundaciones con carga siempre que esta no consista en el cumplimiento de sus fines propios sino en objetivos específicos que, dentro de esos fines, no les serían necesariamente exigibles. Por ejemplo, la donación a una fundación cultural de dinero para que realice un ciclo de conferencias sobre arte islámico.

⁵³ En opinión de BARRAL VIÑALS (2004, pág. 539) el artículo 619, al regular las donaciones modales, prescinde en cierta medida de aquellas en las que las cargas carecen de significado económico ya que no devalúan el enriquecimiento del donatario aunque les sean aplicables otras normas de este tipo de donaciones como las de capacidad (art. 619) y revocación por incumplimiento (art. 647).

contestación citada entiende que es deducible pues «la condición que vincula la cantidad donada a la adquisición de una escultura por parte del ayuntamiento no determina una carga onerosa o remuneratoria para el mismo, por lo que no parece desvirtuarse el ánimo de liberalidad de la donación». Parece, por tanto, que el donante puede imponer el destino del dinero sin que con ello se pierda el beneficio fiscal.

Más problemas puede plantear la donación cuando la carga tiene un contenido económico. Piénsese en el local donado para instalar la sede social o para llevar a cabo la explotación económica que constituye su objeto o finalidad (colegio, hospital, museo...) o bien en la donación de un terreno para construir tales inmuebles. Junto a esta carga también es posible, al menos cuando se donan inmuebles, establecer una condición resolutoria para que la obra se ejecute en un determinado plazo⁵⁴. El contenido económico del modo consistiría en adecuar el inmueble a las necesidades de la actividad a desarrollar o el coste de la construcción. Y si la donación no es de bienes sino dineraria, un ejemplo sería el de la donación a una fundación para sus cursos de verano reservándose la empresa donante unas plazas con matrícula gratuita para sus empleados.

En nuestra opinión, la clave reside en que el gravamen que se impone sea claramente inferior a lo donado para que la ENL pueda verse beneficiada con la donación. Lo que, en definitiva, significa que existe un indudable enriquecimiento de la ENL derivado de la donación. Es cierto que propiamente no estamos ante una donación pura y simple como exige el artículo 17 de la ley 49/2002 sino claramente onerosa. Por ello, entendemos que no procede interpretar esta exigencia en un sentido literal. Si prevaleciera esta interpretación literal podría ser contraria al espíritu de la ley, que lo que pretende es incentivar la realización de fines de interés general mediante la concesión de beneficios fiscales al mecenazgo. En la Contestación de 6 de abril de 2005 [Consulta núm. V0568/2005 (NFC020578)] se afronta un caso en el que se puede apoyar nuestra tesis. Una cooperativa dona un inmueble a una fundación para que en él se representen obras de teatro reservándose para su uso personal una sala y un despacho. Para la DGT la condición que vincula el patrimonio aportado a un determinado fin y que el donante se reserve el uso de una sala no parece que suponga una carga onerosa o remuneratoria para la fundación, por lo que no desvirtúa el ánimo de liberalidad de la donación y, en consecuencia, sería deducible. Por otra parte, en la Consulta núm. V2549/2010 (NFC039621) un particular cede gratuitamente el uso de una vivienda a Cáritas durante dos años, prorrogable por idéntico plazo mediando acuerdo entre las partes, haciéndose cargo la ENL de todos los gastos que genere el inmueble. La Contestación de 26 de noviembre de 2010 no se pronuncia sobre la carga impuesta a la donación del derecho de uso (comodato) pero considera aplicable la deducción de la Ley 49/2002.

6.3. La revocación de las donaciones modales

Aceptada legalmente la posibilidad de la revocación debemos plantearnos qué consecuencias tiene ejercer la acción correspondiente en el supuesto que se haga pues el donante no está obligado

⁵⁴ De acuerdo con CASTÁN TOBEÑAS (1993, pág. 265) nada obsta para que la donación onerosa pueda ser, además, condicional. En estos casos el incumplimiento del plazo producirá la resolución automática de la donación por aplicación de las reglas relativas a la condición resolutoria. Como destacan ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 720) en estos casos «no se estará ante una revocación por incumplimiento de la carga modal, sino ante una resolución por cumplimiento de condición resolutoria, con cuya aposición se habrá –podríamos decir– reforzado la posición del donante para el caso de que el donatario no cumpliera su obligación».

a ello⁵⁵. Y, en particular, por ser el caso más frecuente en relación con las ENL cómo afecta el incumplimiento culpable, total o parcial⁵⁶, de la carga impuesta.

Si la ENL no se allana a devolver los bienes donados o su valor, la concurrencia de alguna de las causas de revocación permite al donante ejercer la acción frente a los Tribunales. El Código Civil no señala plazo de ejercicio de la acción de revocación pero, por analogía con las acciones rescisorias, la mayoría de la doctrina entiende que será de cuatro años. Plazo que será de caducidad y que contará desde que se tenga conocimiento del incumplimiento de las cargas⁵⁷. En el caso de que el Juez aprecie tal incumplimiento el principal efecto de la sentencia será la restitución de la cosa donada, quedando a salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe, según dispone el artículo 647 del Código Civil⁵⁸. En cuanto a los posibles frutos que produzca lo donado, el artículo 651 impone su devolución al donante desde el momento en que tiene lugar el incumplimiento⁵⁹.

⁵⁵ Se ha planteado doctrinalmente si como alternativa a la revocación el donante puede exigir coactivamente al donatario el cumplimiento de la carga. No existe unanimidad al respecto pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1999 considera que el modo es jurídicamente exigible. Véase SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2007, págs. 219-222).

⁵⁶ El incumplimiento puede ser parcial y, por ello, para LACRUZ BERDEJO (1986, pág. 148) «cabe pensar que es posible la resolución parcial. A su vez, el donante puede limitar su acción rescitoria a solo una parte de la cosa donada, cuando el resto ha sido empleado conforme a sus intereses. Por ejemplo, se dona un terreno para construir el conjunto de edificios necesario para una parroquia, y solo se utiliza la mitad de la superficie». A este respecto, para AMAT LLARI (1991, pág. 655) «el cumplimiento análogo parcial será suficiente para la pervivencia de la donación si se considera que dicha actividad cumple con la voluntad del donante, que no se limita a desear el supuesto estricto puesto como condición, sino que igualmente se da por satisfecho con la realización de otros supuestos similares. En caso contrario, por muy semejante que sea la actividad propuesta a la establecida, deberá considerarse incumplido el modo y se podrá revocar».

⁵⁷ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2007, págs. 199-202).

En las donaciones modales que estamos analizando el donante puede querer verificar el destino del dinero entregado o el uso del bien donado. Las formas que tienen las ENL de acreditar el cumplimiento de la carga impuesta dependerán del contenido de esta última. Cuando se entreguen bienes (muebles o inmuebles) para afectarlos a un destino concreto la comprobación no presentará especiales dificultades. Sin embargo, cuando se dona dinero para un fin específico la prueba puede plantear grandes problemas. En nuestra opinión, la única posibilidad de comprobación es a través de la Memoria explicativa que la ENL tiene que entregar a la Administración tributaria o, si no está obligado a ello, la que debe presentar ante su Protectorado para justificar el destino de sus ingresos (art. 3.9 y 10 de la Ley 49/2002). Aun así, el carácter fungible del dinero hace que esta prueba sea prácticamente imposible y, en consecuencia, también la posibilidad de ejercitar la acción de revocación por este motivo.

⁵⁸ Artículo 647: «La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria.»

Para la doctrina este artículo emplea el término «condiciones» no en su sentido técnico (como sucesos inciertos de los que se hace depender el nacimiento o extinción de una relación jurídica) sino en el vulgar de cargas o gravámenes que pueden ser impuestas al donatario por lo que resulta de aplicación a las donaciones onerosas. Véase CASTÁN TOBEÑAS (1993, pág. 248).

Por tanto, si la carga estaba inscrita en el Registro de la Propiedad se puede ejercitar la acción de revocación pero, si no lo estaba, no se puede. Si instada la revocación no es posible devolver los bienes por estar en manos de terceros protegidos por la fe pública registral, el donatario deberá reintegrar su valor atendiendo al que tenían al tiempo de hacerse la donación. Y si los devuelve, pero gravados, el donante puede exigirle que le abone el valor de las cargas que haya constituido sobre ellos, por analogía con lo dispuesto por los artículos 645 y 650 para otros casos de revocación, véase SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2007, pág. 217). Aunque el artículo 647 solo parece referirse a la donación de bienes inmuebles, debe entenderse que los adquirentes de buena fe de bienes muebles también gozan de protección por la aplicación del artículo 464 del Código Civil (ibidem).

⁵⁹ Artículo 651: «Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el artículo 644, o por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

En el ámbito tributario, revocada la donación, el donante perderá los beneficios fiscales que practicó en su momento de acuerdo con lo previsto por el artículo 17.2 de la Ley 49/2002. En consecuencia, el donante debe ingresar, en el periodo impositivo en el que la revocación se produce, las cuotas correspondientes a las deducciones aplicadas y los intereses de demora que procedan ⁶⁰. No hay problema alguno en cumplir con esta obligación en plazo pues no se toma como referencia el momento del incumplimiento de la carga, sino el momento en que se produce la devolución, bien sea por sentencia o por allanamiento. Al estar estas causas tipificadas en el Código Civil pensamos que no procederá sanción alguna, pues el donante no ha disfrutado indebidamente de los correspondientes beneficios fiscales ni puede hacerse responsable del destino distinto que el donatario dé al bien donado ⁶¹.

Para evitar la comisión de una infracción, esta regularización deberá realizarse voluntariamente por el donante sin ser instado a ello por la Administración tributaria. A este respecto debe tenerse en cuenta que la ENL informará, a través del modelo 182, de las revocaciones que se hayan producido durante el año. Si no se hiciera así, y fuera descubierta la ausencia de regularización en un procedimiento de comprobación, lógicamente estaríamos ante una conducta sancionable ⁶².

En este punto nos queda, por último, hacer referencia a una cuestión que afecta en especial a la revocación de las donaciones modales: si el incumplimiento de la carga por la ENL tiene alguna consecuencia tributaria aun cuando el donante no ejerza la acción de revocación. En el caso planteado, el donante puede estar más interesado en conservar los beneficios fiscales que en recuperar lo donado. Como señala JIMÉNEZ DÍAZ (1998, pág. 209) cabe una doble posibilidad: a) la Administración tributaria no puede exigir la devolución de los beneficios fiscales pues no se ha producido la revocación que exige la Ley 49/2002, y b) la Administración puede exigirla en tanto lo donado no se destina al fin de interés general por lo que se incumplen las condiciones que la justifican. Coincidimos con este autor en que la primera solución se ajusta más a la letra de la ley pues esta solo exige la devolución cuando media la revocación y, además, de no ser así se haría recaer sobre el donante las consecuencias del incumplimiento, forzándole a ejercer dicha acción si no quiere perder tanto los beneficios fiscales como lo donado.

7. ALGUNOS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

En el ámbito de nuestro estudio se han planteado distintos problemas a la hora de valorar si algunas actuaciones pueden ser consideradas como donaciones y, aun siéndolo, si pueden ser calificadas como puras y simples a efectos de la deducción correspondiente. Estas son las cuestiones que han surgido en la práctica y que vamos a ir analizando:

Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición.»

⁶⁰ Coincidimos con BLÁZQUEZ LIDOY y MARTÍN FERNÁNDEZ (2001, pág. 94) en la defensa de que en la revocación cabría al donante solicitar la indemnización por daños y perjuicios por la pérdida de los beneficios fiscales que no se cubre con los frutos percibidos (art. 651).

⁶¹ Por estos motivos tanto JIMÉNEZ DÍAZ (1998, pág. 204) como PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, pág. 239) consideran que no hay infracción alguna.

⁶² GIL DEL CAMPO (2010, pág. 357).

1. ¿Puede existir un reconocimiento al donante por parte de la ENL?
2. ¿Cuándo se aplican las deducciones a las cuotas de socio de una asociación de utilidad pública?
3. ¿Se puede imponer de alguna manera la donación al donante? Es el caso de las donaciones de los padres de alumnos a ENL vinculadas con el colegio.
4. ¿Pueden considerarse las donaciones a ENL como una medida alternativa a la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad?
5. ¿Existe donación en la venta de bienes a un precio inferior o superior al de mercado?
6. ¿Es donación la cesión de créditos a favor de una ENL?
7. ¿El pago de determinados servicios religiosos puede considerarse una donación?
8. ¿Es una donación la que realiza una sociedad mercantil a una fundación que posee todas las acciones de la misma?
9. ¿Es una donación al Estado el Impuesto sobre el Valor Añadido no compensado y no recuperado?

7.1. Reconocimiento de la ENL al donante

El carácter puro y simple de la donación supone un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario. Por lo que, en principio, el donante no podría recibir nada a cambio del donatario por el desprendimiento patrimonial realizado.

Sin embargo, no parece que el requisito que estamos comentando impida un cierto reconocimiento o agradecimiento público hacia el donante por su liberalidad ⁶³. En nuestro ámbito de estudio, puede tener lugar de variadas formas: mención en la memoria anual, carta personalizada, reunión con las personas que componen el Patronato o la Junta Directiva, placa conmemorativa, acto público de entrega de lo donado, etc. El enriquecimiento del donatario, como elemento esencial de las donaciones puras y simples, no quedaría devaluado por este tipo de actuación. En este sentido se ha manifestado la DGT en su Contestación de 3 de diciembre de 2004 [Consulta núm. 2045/2004 (NFC020396)] al considerar que la donación no queda desvirtuada por el hecho de que la asociación que la recibe haga publicidad de ese hecho y de quién lo ha realizado. Lógicamente se trataría de un reconocimiento voluntario sin cláusula contractual que obligara a ello ⁶⁴.

En los últimos años algunas ENL conceden a sus donantes la denominación de «amigos», «simpatizantes» o «colaboradores» otorgándoles un documento que les acredita como tales. No deja de ser

⁶³ También defiende esta postura PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, pág. 227).

⁶⁴ Esta actuación puede dar lugar a una cierta confusión con otra de las formas de mecenazgo, como es el *convenio de colaboración*. VATTIER FUENZALIDA (1996, pág. 1.071) considera que en el convenio estamos ante la clásica donación transmisiva que está unida a la doble carga de destinar lo recibido a los fines de interés general de la ENL y publicitarla, siendo posible la revocación en caso de incumplimiento. También CASANELLAS CHUECOS (2003, pág. 63) califica al mecenazgo empresarial, en el que incluye a los convenios de colaboración, como donaciones modales, en tanto el donatario asume la carga de publicitar la donación recibida.

otra forma de agradecer, de una manera expresa, la donación recibida, siendo plenamente válida sin perder por esto la donación su carácter de simple o pura. Sin embargo, en ocasiones, este reconocimiento va acompañado de una serie de ventajas patrimoniales en las actividades que realiza la ENL (rebajas en las entradas a las exposiciones o conciertos, visitas gratuitas o preferenciales, adquisición de productos a precios especiales, etc.). En estos casos se plantea la duda de si estamos realmente ante una donación pura o simple pues la misma de algún modo implica una prestación por parte de la ENL. Con carácter general las ENL las anuncian como donaciones con derecho a los beneficios fiscales. Sin embargo, en nuestra opinión, se trata de una cuestión conflictiva pues la ENL ofrece de antemano estas ventajas para incentivar o publicitar las donaciones ⁶⁵ y en el caso de que se realicen el donante puede exigir su cumplimiento. Es decir, no puede entenderse que son beneficios de cortesía o agradecimiento como ocurre en la anterior situación comentada. Pero, por otra parte, el donante puede que nunca llegue a hacer uso de las prestaciones ofrecidas ni se plantee tenerlas en cuenta a la hora de donar. En nuestra opinión, para no desvirtuar el sentido de la Ley 49/2002 hay que entender que se aplicaría el beneficio fiscal siempre que exista una desproporción manifiesta entre el valor de lo donado y la prestación recibida a cambio ⁶⁶. Pese a que en puridad no pueden considerarse donaciones onerosas pues el donante no impone carga alguna. No obstante, reconocemos que es difícilísimo en la práctica determinar tal desproporción en relación con las ventajas puesto que solo a posteriori podría llegarse a conocer, ya que el donante puede no hacer uso de ellas o, incluso, hacerlo en distinta medida (no utilizar todas las entradas gratuitas concedidas, ir solo alguna vez a los conciertos con precio rebajado...).

Por último, si las aportaciones se hacen a una asociación de utilidad pública podrían ser confundidas con las cuotas de socio, cuestión que pasamos a analizar.

7.2. Cuotas de las asociaciones de utilidad pública

En este tipo de asociaciones se plantea el problema del tratamiento fiscal de las cuotas pagadas por sus socios. Es evidente que no son donaciones y, sin embargo, la Ley 49/2002 las equipara a efectos fiscales. Así, el artículo 17.1 c) de la Ley 49/2002 establece que, junto al resto de donaciones realizadas a las ENL, también darán derecho a las deducciones las cuotas de afiliación a asociaciones mencionadas en el artículo anterior (las asociaciones declaradas de utilidad pública, ONGD y asociaciones de ENL que disfrutaran de la Ley 49/2002). Ahora bien, para que los socios disfruten de los beneficios fiscales es preciso que tales cuotas «no se correspondan con el derecho a percibir una prestación presente o futura». Es decir, la regla general es que no son deducibles cuando la ENL ofrece algo a cambio. Si no hay retorno alguno por el pago de esa cuota serían deducibles. A esta doble posibilidad se refiere la DGT en dos Contestaciones de 8 de febrero de 2008 [Consultas núms. V0265/2008 (NFC028598) y V0268/2008 (NFC028638)] en las que entiende lo siguiente: «Como regla general, las cuotas satisfechas por los socios a las asociaciones de las que son miembros no tienen carácter deducible en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por cuanto que las aportaciones realizadas por este concepto no resultan asimilables a las aportaciones que se realizan a título de donación al no concurrir en aquellas las notas que caracterizan a estas:

⁶⁵ ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 52) entienden que el hecho de que se promuevan las donaciones por el donatario no desnaturaliza este contrato. De hecho son más los casos en los que el donatario pide al donante que done que los casos en que el donante ofrece donar.

⁶⁶ En el mismo sentido PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, págs. 227-228 y 233).

- Su carácter voluntario.
- El ánimo de liberalidad con que se realizan.

No obstante, excepcionalmente, serán asimilables a los donativos, a efectos de la práctica de la deducción correspondiente, las cuotas satisfechas por sus miembros a asociaciones declaradas de utilidad pública, cuando tal aportación se realice con ánimo de liberalidad.

La existencia de este ánimo de liberalidad resulta una cuestión de difícil determinación, puesto que dependerá de las concretas circunstancias que concurren en cada caso. Con carácter general, puede afirmarse que **para la determinación de la existencia o no de este ánimo de liberalidad deberá acudirse a criterios de carácter objetivo, de forma que no se tendrán en cuenta las motivaciones subjetivas de las personas que satisfacen tales cuotas, debiéndose atender, en particular, a los derechos que, a cambio del pago de tales cuotas, otorguen a quienes las satisfacen los estatutos de la correspondiente asociación.»**

Aun siendo conscientes de la dificultad de su resolución nos parece que la DGT se limita a identificar el problema. La cuestión reside en saber si por la cuota la asociación ofrece a cambio algún servicio a sus asociados. Esta limitación dificulta la aplicación práctica del beneficio fiscal, pues casi todas las asociaciones compensan de alguna u otra forma a sus miembros ⁶⁷. En la búsqueda de una solución nos parece muy atinada la clasificación de BLÁZQUEZ LIDOY (2011, pág. 129) respecto del tipo de cuotas para comprobar si son equiparables a las donaciones. De acuerdo con esta clasificación, podemos entender que el pago de las cuotas genera tres tipos de contraprestaciones:

1. La mera pertenencia a la asociación. El pago genera exclusivamente los derechos intrínsecos a la condición de socio como el voto, ser candidato a los órganos directivos, conocer las actividades de la asociación, examinar la documentación y estado de las cuentas, contribuir al objetivo social según lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. El pago no da derecho a ningún servicio y genera un beneficio fiscal como si fuera una donación, tanto si son cuotas ordinarias como extraordinarias ⁶⁸. No creemos que, por ejemplo, la entrega de la revista de la asociación impida la deducción de las cuotas pues no deja de ser una forma de informar a sus socios de las actividades que realiza.
2. Servicios que constituyen un beneficio directo e inmediato a los asociados. Además de la pertenencia a la asociación la cuota da derecho a disfrutar de servicios o bienes con-

⁶⁷ Por esta razón, para PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, págs. 232-233), las cuotas nunca serán deducibles tal y como está redactada la norma. La situación habría sido distinta si este precepto se hubiera coordinado con el artículo 6.1 b) de la Ley 49/2002 en el que se declara la exención en el Impuesto sobre Sociedades de las ENL de «las cuotas satisfechas por los asociados, colaboradores o benefactores, siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación derivada de una explotación económica no exentas». En este caso, aunque los socios perciban algo de la entidad, siempre que proceda de una explotación económica no exenta no se pierde el incentivo fiscal. De igual modo debería ocurrir con la deducción de las cuotas pero no lo ha dispuesto así expresamente el legislador.

⁶⁸ En la Consulta núm. V0268/2008 (NFC028638) se plantea la deducción de las cuotas extraordinarias solicitada una asociación de familiares de personas con discapacidad para financiar la construcción de una nueva sede en la parte que no sufragan las ayudas públicas. Se distingue, por tanto, entre la cuota que vienen pagando desde que se constituyó la asociación y las cuotas extraordinarias mensuales. La Contestación de la DGT de 8 de febrero de 2008 confirma la deducción de las dos cuotas pues en ambas parece darse el ánimo de liberalidad.

cretos⁶⁹. Por ejemplo, asistir a las representaciones musicales, teatrales, cinematográficas o a las exposiciones, conferencias, coloquios, cursos o seminarios que organice la asociación. En esta relación sinalagmática no se aplicarían los beneficios fiscales por entender que existe una contraprestación. Hay que tener claro que esta situación es diferente de la del pago por un servicio individualizado, al margen de la cuota (por ejemplo, el alquiler de campos o taquillas en las asociaciones deportivas), en la que no hay duda sobre su tratamiento fiscal. En el caso que nos ocupa el problema reside en que, por una parte, las cuotas permiten pertenecer a la asociación y, por otra, retribuyen los servicios concretos. ¿Cómo establecer la diferencia? Esta duda se ha planteado en relación con las ENL por la exención de los ingresos obtenidos por las cuotas de sus asociados. A estos efectos, en la Contestación de 19 de septiembre de 2007 [Consulta núm. V1937/2007 (NFC027363)] se afirma que si hay explotaciones económicas «el porcentaje correspondiente de las cuotas de sus asociados que las financian estarán sujetas y no exentas, tanto si las operaciones se realizan con no asociados como con los asociados»⁷⁰. Es decir, siguiendo a BLÁZQUEZ LIDOY (2011, pág. 137), sería preciso prorratear y distinguir entre una y otra parte de la cuota. No obstante, el autor citado reconoce que no existe en la norma ningún criterio para determinar un porcentaje, por lo que habrá que acudir a cualquier sistema que sea válido en Derecho como puede ser el de costes o valores de mercado, y que sea homogéneo y mantenido en el tiempo.

3. Servicios no identificables sino de carácter general y mediato, como la defensa de los intereses del sector en el que opera la asociación (defensa del medio ambiente o de la paz, investigación médica o integración de personas con una determinada discapacidad). Hay que tener en cuenta que la posibilidad de que las asociaciones de utilidad pública realicen prestaciones a favor de personas distintas de sus asociados está prevista legalmente⁷¹. En nuestra opinión, también aquí aplicaríamos el beneficio fiscal pues es este tipo de servicios y actividades el que justifica el régimen fiscal aplicable a la ENL por su interés general en beneficio de la colectividad. Esta parece ser también la postura defendida por la DGT. Así, en la Contestación de 8 de febrero de 2008 [Consulta núm. V0265/2008 (NFC028598)] considera que el simple

⁶⁹ CASANELLAS CHUECOS (2003, págs. 148-149) se plantea si debe existir una efectiva prestación o si basta con que el servicio exista con independencia de que el socio haga uso de él. Esta autora defiende la segunda opción puesto que se crea una expectativa de uso o consumo a favor del asociado que podrá ser materializada cuando lo estime oportuno.

⁷⁰ El problema de las cuotas generales se plantea cuando, por un lado, financian los fines de interés general de la asociación pero, por otro, también servicios específicos prestados a través de una explotación económica. Hay que tener en cuenta que el artículo 121 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece la exención de las rentas «que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica» pero, a su vez, señala que «La exención a que se refiere el apartado anterior no alcanzará a los rendimientos de explotaciones económicas, ni a las rentas derivadas del patrimonio, ni a las rentas obtenidas en transmisiones, distintas de las señaladas en él».

⁷¹ Entre los distintos requisitos que el artículo 32.1 b) de la Ley Orgánica 1/2002 exige para la obtención de la declaración de utilidad pública se incluye que «su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados, sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines». El requisito debe entenderse en el sentido de que beneficien preferentemente a sus asociados pero no exclusivamente. En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de septiembre de 2009 (rec. núm. 277/2008), referida al cumplimiento de las condiciones relativas a asociaciones declaradas de utilidad, se señala que «la exclusión del citado artículo 32 de la Ley Orgánica afecta a las Asociaciones cuya actividad está restringida "exclusivamente" a beneficiar a sus asociados. Sin que, por consiguiente, sea admisible equiparar "exclusivamente" con "fundamentalmente", "principalmente" u otras palabras que, en el sentir de la Real Academia Española de la Lengua, no supongan "descartar, rechazar o negar la posibilidad" –2.ª acepción de "excluir"– de participar en las actividades propuestas por la actora. Una cosa es que las actividades sirvan para apoyar solo a los afiliados, otra que valgan a un grupo específico de profesionales de la salud y otra distinta que de ellas no pueda aprovecharse ninguna otra persona, física o jurídica».

hecho de recibir información por parte de la asociación de utilidad pública no impide la aplicación de la correspondiente deducción ⁷². En un sentido similar, la Contestación de 13 de junio de 2008 [Consulta núm. V1236/2008 (NFC030267)] entiende que existe esa liberalidad en una asociación –cuyos socios son personas con Síndrome de Down y sus familiares– en la que además de servicios de atención directa (pagados por cada beneficiario) se trabaja apoyando, informando y asesorando a las familias ⁷³.

7.3. La supuesta voluntariedad de la donación en las fundaciones vinculadas a colegios

Una de las notas esenciales de la donación es la voluntariedad. El donante realiza este negocio sin que exista exigencia o imposición alguna por parte de un tercero para llevarlo a cabo.

En relación con esta nota se han planteado dudas en el caso de la financiación de algunos colegios privados en régimen de concierto. Como destaca CUBERO TRUYO (2006, págs. 130-131), la enseñanza en estos centros es gratuita, sin embargo, algunos han exigido unas contribuciones obligatorias a los alumnos. Para ello se recomendaba efectuar unas aportaciones, denominadas «donaciones», a la fundación titular del colegio o a otras vinculadas con el mismo cuando tienen personalidad jurídica distinta. En algunos casos, estas contribuciones se hacen de forma periódica, coincidiendo con el curso académico, asemejándose así al pago de una mensualidad. Frente a estas prácticas ya ha reaccionado el legislador estableciendo en el artículo 88.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación que «Para garantizar la posibilidad de escolarizar a todos los alumnos sin discriminación por motivos socioeconómicos, en ningún caso podrán los centros públicos o privados concertados percibir cantidades de las familias por recibir las enseñanzas de carácter gratuito, imponer a las familias la obligación de hacer aportaciones a fundaciones o asociaciones ni establecer servicios obligatorios, asociados a las enseñanzas, que requieran aportación económica, por parte de las familias de los alumnos. En el marco de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedan excluidas de esta categoría las actividades extraescolares, las complementarias y los servicios escolares, que, en todo caso, tendrán carácter voluntario».

En nuestra opinión de esta norma se deducen dos consecuencias. En primer lugar, se deja claro que no se puede imponer a las familias realizar aportaciones por la enseñanza de sus hijos cual-

⁷² La asociación consultante tiene por finalidad principal el desarrollo de programas, servicios y actividades dirigidas a la mejora de la calidad de vida de las personas con lesión medular residentes en el Principado de Asturias. Sus ingresos provienen de subvenciones, promociones, donaciones, aportaciones individuales por el uso de algunos servicios que gestiona la entidad, para ayudar a su sostenimiento, y de las cuotas ordinarias de los socios. Cuenta con dos clases de socios: ordinarios y colaboradores. Los primeros son personas que han de estar en posesión del certificado de minusvalía y son los beneficiarios directos de las actividades de la asociación. Los segundos son personas que apoyan a la entidad, en parte familiares de los socios discapacitados, que, a diferencia de estos, no disponen de los mismos derechos, como, por ejemplo, ejercer el derecho al voto en las asambleas de la asociación.

⁷³ En este caso la consultante tiene dos tipos de socios. Los socios honorarios son personas o instituciones colaboradoras que aportan un dinero anual, trimestral o semestral sin recibir servicio alguno por parte de la asociación. Los socios numerarios son las personas con Síndrome de Down, así como sus padres, hermanos, abuelos y/o tutores legales, que tengan interés en servir a los fines de la asociación. Es requisito indispensable abonar anualmente una cuota de socio para pertenecer a la misma. La asociación, además, ofrece distintos servicios tendentes a conseguir el desarrollo global y pleno de las personas con Síndrome de Down, así como contribuir a su máxima autonomía, para lo que, igualmente, se trabaja apoyando, informando y asesorando a las familias. Estos servicios son abonados por los socios que deciden recibir esta atención directa, tanto para sus hijos como para ellos mismos.

quiera que sea la denominación empleada. Por tanto, si se solicitan estas aportaciones o donaciones debe recalcar que son voluntarias. Debe tenerse en cuenta que toda donación es intrínsecamente voluntaria pues se realiza con un ánimo de liberalidad aunque pueda ser instada por el donatario. Así lo ha destacado la DGT en la Contestación de 16 de noviembre [Consulta núm. V2282/2006 (NFC024035)] sobre una donación que resultaba exigible ⁷⁴. En segundo lugar, aun siendo voluntarias las aportaciones no pueden generar el derecho a servicio alguno (sea extraescolar o no) pues, de lo contrario, estaríamos ante un pago encubierto que estaría remunerando tal prestación.

Por tanto, es evidente que en este supuesto no estamos ante una donación. En consecuencia, no se podría disfrutar de beneficio fiscal alguno y, en caso de haberlo aplicado, se tendría que practicar la regularización correspondiente ⁷⁵.

Sin embargo, como señala BLÁZQUEZ LIDOY (2006, pág. 65), la cuestión principal se centra en determinar si la Administración tributaria puede o no calificar de forma autónoma si estamos ante una donación o una contraprestación encubierta cuando dicha competencia parece residir en las comunidades autónomas encargadas de verificar el cumplimiento de la Ley Orgánica de Educación. Coincidimos con este autor en que la Administración tributaria no debería pronunciarse sobre tal materia en sentido contrario al expresado por los órganos competentes. Esta es la postura defendida, para un supuesto similar, por FALCÓN Y TELLÁ. Para este autor, la autotutela declarativa «se predica de la Administración en general, y no de la Hacienda pública, de modo que los funcionarios de esta pueden (a los solos efectos fiscales) calificar el hecho imponible, pero no pueden en modo alguno adoptar calificaciones contradictorias con las mantenidas por el órgano administrativo competente en el ámbito de que se trate (ni, obviamente, con las mantenidas por los órganos jurisdiccionales en pronunciamientos previos,

⁷⁴ En este caso los fines de la fundación consultante son colaborar en el desarrollo de la Sociedad de la Información aportando nuevo sistema de correo electrónico seguro y la realización de programas para la lucha contra el hambre, la pobreza, la marginación, etc. Para la consecución de estos fines la fundación realiza las siguientes actividades: desarrollo, mantenimiento y explotación, por medios propios o ajenos, del sistema de correo; y la financiación y desarrollo, en su caso, de programas de actuación en el marco de sus fines, sea por medios propios o ajenos. El sistema de correo cerrado que está desarrollando es de adhesión voluntaria y consiste en que el que envía un correo tiene que hacer una microdonación benéfica a la fundación para que el destinatario adherido al sistema lo reciba. También pueden adherirse al sistema, sin contraprestación, otras organizaciones sin ánimo de lucro, de forma que los que les remitan mensajes realizarían dos microdonaciones, una para la fundación y otra para la entidad. La DGT señala que «no se aprecia en este caso el ánimo de liberalidad de las microdonaciones descritas, dado que estas resultan exigibles al que pretende enviar un correo para que el destinatario adherido al sistema lo reciba. En definitiva, se trata de la explotación de un sistema de correo de carácter oneroso. Solo en la modalidad en la que la entidad se adhiera al sistema por los fines benéficos del mismo y realice las microdonaciones voluntariamente, ya sea por correo enviado o de forma global, se apreciaría el ánimo de liberalidad necesario».

⁷⁵ BLÁZQUEZ LIDOY (2006, pág. 64) explica las consecuencias de esta regulación. Los padres donantes tendrían que devolver lo deducido con intereses de demora en el caso de que se hubieran deducido dichas cantidades en su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Los perjuicios derivados a los padres podrían ser reparados en vía civil por la fundación salvo si eran conscientes de que el mecanismo no era válido y se quisieron aprovechar del mismo. Para la fundación, sin embargo, el tratamiento puede ser distinto. Si el propio centro educativo es la fundación acogida a la Ley 49/2002 a quien se le satisface la cantidad, no tendría efectos el cambio de calificación, en tanto pasarían a ser rentas de actividades empresariales exentas por educación (art. 7.7). Si la fundación está vinculada al centro educativo, pero tienen personalidades jurídicas distintas, el problema real estaría en la calificación de la operación en su conjunto. Ciertamente, parece que el negocio jurídico verdadero sería un pago al centro educativo por servicios educativos, que debería computarlo como ingreso, y por una posterior donación de este a la fundación. De esta manera, si el centro educativo no está acogido a la Ley 49/2002 porque no cumple con los requisitos para ello, dichos ingresos deberían tributar en el Impuesto sobre Sociedades. A su vez, parece que tendría derecho a la deducción por donaciones al tipo del 35 por 100, pero teniendo en consideración que la base de la donación no puede exceder del 10 por 100 de la base imponible del periodo impositivo, por lo que si la actividad de educación está en beneficios esta calificación le implicaría un claro perjuicio económico (art. 20.2 de la Ley 49/2002).

cuando los mismos existan)»⁷⁶. Ahora bien, en nuestra opinión, no hay inconveniente en que la Administración tributaria pudiera calificar estos negocios como donaciones cuando todavía no se hubiera pronunciado sobre la calificación el órgano competente en materia de educación.

7.4. Las donaciones a ENL como medidas alternativas a la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad

El artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, establece que las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. No obstante, se admite la posibilidad de que, excepcionalmente, los empresarios obligados al cumplimiento de la referida cuota de reserva puedan quedar exentos de esta obligación, cuando así se recoja en acuerdos dentro de una negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, o por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, siempre y cuando se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente. El artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, establece las mencionadas medidas alternativas. En la norma citada se relacionan cuatro medidas alternativas: unas están relacionadas con el trabajo de las personas con discapacidad, mientras que la que nos interesa supone un mecenazgo a un tipo determinado de ENL⁷⁷. En concreto, la tercera de ellas consiste en la «Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquellas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo».

En el supuesto de que se opte por esta medida alternativa surge el problema de si se aplican los beneficios fiscales. En tanto la norma permite optar por cualquiera de las cuatro podría entenderse que

⁷⁶ Este profesor se refiere al problema de la tributación de las SICAV. La Administración tributaria se pronunciaba sobre si estas entidades cumplían la normativa de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, a efectos de aplicarles el régimen fiscal general en lugar del privilegiado. De hecho, la Ley 23/2005 tuvo que salir al paso y establecer que el régimen fiscal de privilegio no se aplicará «cuando hubieran producido las circunstancias determinantes de la suspensión o revocación acordada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores» (disp. adic. tercera). Es decir, la competencia para verificar que se cumplieran los requisitos de la SICAV corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y no a la Administración tributaria. «Las SIMCAV y el abuso de facultades de autotutela de la Hacienda Pública», *Quincena Fiscal*, n.º 15, 2005, citado por BLÁZQUEZ LIDOY.

⁷⁷ Las otras tres medidas son:

- a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.
- b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.
- c) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

la donación no viene impuesta y, por ello, mantiene su carácter voluntario. Así se ha pronunciado la DGT en su Contestación de 12 de febrero de 2010 [Consulta núm. V0264/2010 (NFC037388)]. En ella se acepta la deducción de estas donaciones siempre que las mismas cumplan con la condición de ser irrevocables, puras y simples y, aunque no se pronuncia expresamente sobre si lo son, parece aceptarlo implícitamente. Esta solución nos parece discutible en tanto es una norma la que impone la adopción de una de las cuatro medidas, aunque el empresario pueda elegir entre ellas. En nuestra opinión, no existe ánimo de liberalidad sino la imposición de una obligación alternativa de entre las cuatro impuestas por la ley.

7.5. Ventas o servicios por un precio inferior o superior al de mercado

En ocasiones, las ENL adquieren productos o reciben servicios a un precio rebajado dado que el vendedor o profesional tiene con ellas un trato de favor. Estamos ante lo que la doctrina civilista califica de donaciones mixtas, como clase de las onerosas, en las que junto a la liberalidad se da un contrato oneroso ⁷⁸. En estos casos se plantea el problema de si tales descuentos o bonificaciones pueden considerarse donaciones. Esta doctrina entiende que se celebra un negocio mixto de venta y donación con una causa única (mezcla de intercambio de cosa por precio y de enriquecimiento liberal) que da lugar a un negocio único: mitad de venta, mitad de donación. Ahora bien, ese negocio mixto sería una donación por la parte que se transmite liberalmente ⁷⁹. Por tanto, estamos ante una donación por la parte en la que la cosa vendida se da sin contraprestación quedando sometida a la normativa sobre las mismas ⁸⁰. No obstante, siempre podría surgir la duda de si estamos ante una simulación absoluta o relativa. Algunos autores han establecido que la diferencia entre ambas figuras se basaría en la existencia o no de engaño a tercero ⁸¹.

En la Contestación de la DGT de 5 de octubre de 2007 también parece deducirse esta postura. En la Consulta núm. V2098/2007 (NFC027696) un empresario pregunta si los descuentos que realiza a sus clientes basados en razones tales como la antigüedad del cliente, grado de parentesco, etc., pueden considerarse como una donación. Partiendo de la definición de donación del artículo 618 del Código Civil, la DGT entiende que no la hay «en aquellos supuestos en los que la entrega de bienes o la prestación de servicios se haya producido sin que existiese la voluntad de enriquecer al beneficiario, aun cuando este no haya desembolsado precio alguno. De la sucinta enumeración de los hechos formulada en la consulta, parece que esta teoría pudiera resultar aplicable al supuesto analizado, puesto que descuentos de las facturas con carácter gratuito por una persona física o jurídica en favor de sus clientes no parecen tener como intención la de beneficiar a estos últimos (*animus donandi*) sino que probablemente respondan a mecanismos comerciales de captación y conservación de clientela a que se ven forzadas las empresas y empresarios en entornos de libre competencia. Respondiendo, por lo tanto, dicha operación a fines de *marketing* o publicidad, no se apreciaría la existencia de *animus donandi*, por ello no existiría desde una perspectiva civil un contrato de donación, no resultando coherente gravar la ope-

⁷⁸ CASTÁN TOBEÑAS (1993, pág. 270) señala que el caso particular más importante y frecuente es el de la llamada compra-venta amistosa, o sea, la venta por debajo de su valor hecha con carácter de semidonación.

⁷⁹ ALBADALEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 65).

⁸⁰ Sin embargo, GIL DEL CAMPO (2010, pág. 351) señala que, a efectos de los beneficios fiscales, no hay donación cuando la entrega del bien o del derecho se realiza a un precio inferior al de mercado, aun cuando esté debajo del coste. No puede haber onerosidad aun cuando sea parcial.

⁸¹ NATERA HIDALGO (2007, pág. 241).

ración a través del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. **No obstante lo anterior, si los descuentos realizados lo hubieren sido con la intención de hacer una liberalidad en favor de los clientes, existiría desde una perspectiva civil una donación**, que resultaría gravada a través del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En este último caso, si el beneficiario fuera una sociedad, no entraría dentro del ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ya que dicho impuesto solo grava los incrementos de patrimonio a título lucrativo obtenidos por las personas físicas.»

La consulta no está referida a un caso como el que planteamos pero la contestación permitiría defender que los descuentos disfrutados por tratarse de ENL serían donaciones. En nuestra opinión, en el caso planteado estaríamos ante donaciones puras y simples en las que se pretende el enriquecimiento de la ENL por la diferencia entre el valor de mercado y el precio pagado ⁸². Por lo tanto, a efectos de nuestro estudio, estas donaciones serían deducibles. Ahora bien, para que una donación sea deducible el artículo 24.2 de la Ley 49/2002 exige unos requisitos formales a los que ya nos hemos referido y que deberían cumplirse en este caso.

En nuestra opinión, la misma solución sería aplicable a un fenómeno inverso al que acabamos de exponer: la venta de bienes por la ENL a un valor superior al de mercado. Dentro del sector no lucrativo no es infrecuente que se realicen determinadas campañas con el fin de recaudar fondos para ciertos proyectos. Es el caso, por ejemplo, de venta de camisetas, lotería, juguetes, cenas benéficas, etc., donde se fija un precio, cuya finalidad es doble. Por un lado, las cantidades percibidas se destinan a cubrir el coste de la operación y, por otro, el dinero sobrante se afecta al concreto fin de la campaña que se promociona o, simplemente, para los fines generales de la ENL. También aquí el negocio jurídico se desdoblaría en dos, una adquisición onerosa y una donación, y por esta última parte sería deducible en el impuesto personal del donante. Para evitar problemas sería conveniente, no obstante, que la ENL aclarara qué parte del precio es contraprestación y cuál liberalidad haciéndolo constar en el correspondiente documento ⁸³.

Por último, cuando no estamos ante entregas de bienes sino ante servicios prestados a las ENL por empresas de forma gratuita o a un precio rebajado, la DGT ha entendido que no se aplican los beneficios fiscales por contemplar la Ley 49/2002 solo la donación de bienes o derechos pero no la de servicios [Contestaciones de 15 de julio de 2005 y de 28 de junio de 2007 a las Consultas núm. V1481/2005 (NFC021416) y núm. V1403/2007 (NFC026150)] ⁸⁴. La ausencia de beneficios fiscales para las empresas que realizan estos servicios gratuitos ha llevado a buscar otras vías que les permitan aplicar los incentivos de la Ley 49/2002. Así, PEDREIRA MENÉNDEZ (2003, pág. 281) y GIL DEL CAMPO (2010, pág. 351) no ven inconveniente en considerar estas operaciones como «gastos en actividades de interés

⁸² Este tipo de operaciones tienen especial incidencia en el Impuesto sobre el Valor Añadido pues se discute si la entrega o la prestación a un precio simbólico, por debajo del coste o desproporcionadamente inferior al de mercado, es una operación gratuita y, como tal, un autoconsumo. En las entregas por debajo del coste la base imponible del IVA sería la contraprestación efectiva. Las operaciones por un precio simbólico o prácticamente inexistente se consideran gratuitas mientras que aquellas cuyo valor es desproporcionadamente inferior no se asimilan a las gratuitas. Nos remitimos a los trabajos de BLÁZQUEZ LIDOY (2007, págs. 44 y ss.) y CAZORLA PRIETO y BLÁZQUEZ LIDOY (2011, págs. 51 y ss.).

⁸³ Así también se manifiesta BLÁZQUEZ LIDOY (2007, pág. 223).

⁸⁴ En el País Vasco y Navarra sí se recoge expresamente un incentivo fiscal para la donación para las «prestaciones gratuitas de servicios». La base de la deducción será el coste de la prestación, incluida en su caso, la amortización de bienes cedidos. Las normas que lo recogen son: Norma Foral 16/2004, de 12 de julio (Álava), Norma Foral 3/2004, de 7 de abril (Guipúzcoa), Norma Foral 1/2004, de 24 de febrero (Vizcaya) y Ley Foral 10/1996, de 2 de julio (Navarra).

general», lo que constituye otra forma de mecenazgo regulada en el artículo 26 de la Ley 49/2002. Por el contrario, otras empresas lo que hacen es donar previamente por el coste del servicio, facturar los servicios prestados y cobrar el importe de lo donado (si bien podría entenderse que estamos ante una donación condicional en tanto el donante impone contratar con él los servicios) o bien facturar los servicios y condonar la deuda (probablemente la forma más sencilla de resolver el problema).

7.6. La cesión de créditos a las ENL

Con ocasión de la celebración de un curso o una conferencia los organizadores pueden solicitar al ponente que destine sus honorarios a una determinada ENL o bien puede partir de él tal iniciativa. En otras ocasiones algunas empresas pactan que, tras una compraventa o la realización de un servicio, el destinatario entregue una parte del precio de la operación a una ENL. Debe determinarse si estas aportaciones a las ENL pueden ser consideradas donaciones y si serían aplicables los beneficios fiscales.

La DGT se ha pronunciado sobre el segundo tipo de operaciones señalado en las Contestaciones de 16 de noviembre de 1999 [Consulta núm. 2166/1999 (NFC042217)] y de 15 de enero de 2003 [Consulta núm. 34/2003 (NFC017612)]. En ellas unas empresas firman un contrato de suministros en el que se estipula la obligación de contribuir a una fundación con el 2 por 100 del precio pactado. La cuestión planteada se refería al tratamiento de esa aportación en el IVA (en concreto, si las aportaciones a la ENL están sujetas al IVA y debe emitirse factura) y en el IS (si son gasto deducible)⁸⁵. No obstante, en la primera de ellas se afirma que las referidas aportaciones no constituyen donaciones, ya que falta por parte del donante el ánimo de liberalidad característico de esta figura. Esta doctrina nos parece indiscutible. Sin embargo, pensamos que la cuestión planteada no se resuelve del todo de este modo. A nuestro juicio, no se trata de dilucidar si quien entrega el dinero a la ENL realiza una donación sino si la está realizando quien impone esa condición en el contrato. En la segunda de las contestaciones la DGT atisba la cuestión al afirmar que «es la entidad suministradora la que, en su caso, está realizando una cesión de créditos a favor de una fundación y, por lo tanto, corresponde analizar en esta entidad la existencia o no del *animus donandi*». Sin embargo, no se pronuncia sobre ella ya que la empresa suministradora no era la consultante. Como hemos visto, la Ley 49/2002 contempla la donación tanto de bienes como de derechos por lo que dentro de esta última cabría la donación de derechos de crédito. Si tal cesión tuviera lugar y se hiciera con ánimo de liberalidad entendemos que serían aplicables los beneficios fiscales puesto que estamos antes donaciones puras y simples⁸⁶.

⁸⁵ Para la DGT las aportaciones realizadas por los suministradores a la fundación se hacen en cumplimiento de las obligaciones estipuladas en los contratos de suministro pero no constituyen contraprestación de operación alguna realizada por la fundación. En consecuencia, la fundación no realiza operación alguna de la que pueda considerarse como contraprestación la aportación percibida y, por tanto, no realiza con ocasión de percibir estas aportaciones operación alguna sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, lo que determina que no está obligada a liquidar y repercutir el impuesto por causa de las repetidas aportaciones. Por otra parte, los pagos abonados resultan necesarios para la obtención de ingresos, por lo que tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles. El carácter de deducibilidad fiscal no se ve afectado por el hecho de que la materialización de una parte del pago correspondiente a dichos gastos deba satisfacerse a una entidad distinta de la firmante del contrato, dado que este requisito se recoge como una obligación contractual, por lo que el importe total del pago tendrá la consideración de contraprestación para la entidad consultante. Una crítica a esta doctrina administrativa puede verse en BLÁZQUEZ LIDOY (2007, pág. 224).

⁸⁶ NAVARRO PÉREZ (1988, pág. 102) señala que la jurisprudencia trata de imponer cierto formalismo al requerir para la donación del crédito su constancia en un medio documental escrito. La entrega manual de un crédito no es la forma apropiada

7.7. Servicios religiosos

En el Código de Derecho Canónico se contemplan diversas fuentes de financiación de la Iglesia Católica y algunas tienen especial incidencia en nuestro estudio ⁸⁷.

En primer lugar, se encuentran las aportaciones u oblaciones que son las entregas de bienes que los fieles realizan espontáneamente o tras solicitud de la Iglesia a través de colectas o cuestaciones (cánones 1265 y 2266). Junto a ellas, en los últimos años, los fieles suscriben unas cuotas mensuales o anuales para garantizar unos ingresos de carácter estable a la Iglesia. Tanto unas como otras son algunos de los «donativos» típicos a los que se refiere el artículo 17 de la Ley 49/2002. Como ya hemos visto, el hecho de que las donaciones sean rogadas por el donatario no desvirtúa tal consideración. No obstante, para ello es necesario cumplir los requisitos esenciales de la donación, es decir, que sean aceptadas por el donatario y que cumplan con las formas requeridas por la normativa civil y fiscal ⁸⁸.

Más dudas ofrece el caso de los estipendios, aquella clase de oblaciones que han de hacerse con ocasión de la administración de los sacramentos (cánones 945 a 958 y cánones 1181 y 1264). De acuerdo con esta definición los estipendios parecen retribuir un servicio prestado. Sin embargo, el Código de Derecho canónico se afana en aclarar lo contrario. De hecho lo distingue claramente de las tasas, a las que inmediatamente nos referiremos, y lo penaliza si se realizan con sinomía (canon 1380). En este sentido, recomienda a los sacerdotes que no dejen de celebrar la Misa aunque no reciban estipendio o sea menor (canon 947) o evitar cualquier apariencia de negocio o comercio (canon 948). Podría pensarse, por tanto, que estamos ante donaciones remuneratorias por servicios en tanto no hay una deuda exigible. Sin embargo, el hecho de que se contemple que los Obispos fijen la cuan-

para donarlo en la actualidad aunque el artículo 632 del Código Civil acepte que la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente. Recordemos, a este respecto, que el artículo 24.2 exige que la donación conste en documento público o auténtico para que pueda ser deducible.

⁸⁷ Sobre los recursos patrimoniales de la Iglesia Católica véase CEBRIÁ GARCÍA (1999, págs. 165 y ss.).

⁸⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 (NCJ036048) rechaza la propiedad de un inmueble de la Iglesia Católica, en una tercería de dominio en la que esta alegaba como título una donación recibida de una asociación. La sentencia señala: «tratándose de un bien inmueble, inscrito a favor de la Asociación en el Registro de la Propiedad, no ha aportado la escritura pública que imperativamente exige el artículo 633 del Código Civil como forma constitutiva de la donación. En su lugar ha traído a los actos el acta de la Junta de la antedicha Asociación en la que se acuerda donar el Centro Parroquial al Arzobispado, y la certificación del inventario del patrimonio diocesano en la que se hace constar que aquel Centro es propiedad del Arzobispado de Granada. Con estos documentos se pretende suplir la forma constitutiva de la donación de inmuebles, preceptuada en el artículo 633 Código Civil, lo mismo que su contenido. Así las cosas, es claro que el Arzobispado de Granada no ha demostrado la existencia de donación, a través del otorgamiento de la escritura pública por su propietario la Asociación Manjoniana. En contra, argumenta que la donación consta en documento público, ya que la documentación de la Iglesia Católica conforme a las reglas del Derecho Canónico y a los Acuerdos del Estado Español con la Santa Sede tienen la consideración de documento público. Pero estas afirmaciones no son admisibles: no existe norma jurídica alguna que dispense a la Iglesia Católica de cumplir las prescripciones de las Leyes civiles en cuanto a la adquisición del dominio (arts. 609 y 633 Código Civil); ha de adquirirlo como cualquier otra persona sin distinción alguna. Otra cosa es que el destino religioso del bien imponga determinadas especialidades que no son del caso en su uso o destino, pero ello es cosa muy distinta de la mera adquisición de la propiedad sobre el mismo».

Un caso significativo de esta situación es el de las limosnas o colectas organizadas en las iglesias católicas. Ante los problemas de la falta de justificante por las limosnas, algunas parroquias han instaurado un denominado «cepillo electrónico» y así los donativos se realizan a través de una tarjeta de crédito o débito quedando constancia de los mismos y de la identificación del donante.

tía de los estipendios (cánones 952 y 1264.2.º) y que su destino final, normalmente, sea la sustentación del sacerdote que lo recibe nos lleva a negar tal carácter.

Distinta es la situación de las tasas que se exigen por servicios recibidos de la administración eclesiástica (cánones 1264.1.º y 1649). En concreto por los actos de la potestad ejecutiva de gracia (canon 135), la ejecución de rescriptos de la Santa Sede (canon 59), el ejercicio de la jurisdicción contenciosa (canon 1649) y demás servicios, tanto diocesanos como parroquiales (relacionados con certificados o archivos). En este caso coincidimos con RODRÍGUEZ BLANCO (2005, pág. 124) en que no serían aplicables los incentivos fiscales pues no estamos ante una donación sino ante la contraprestación por un servicio.

7.8. Donaciones por sociedades dependientes de la ENL donataria

En el ámbito de las ENL se ha planteado la relación que puede existir entre dicha entidad y la sociedad mercantil íntegramente participada o dominada por ella. Esta cuestión tiene especial incidencia en las fundaciones que han sido creadas por una empresa lo que entraría, bien dentro de los supuestos de la llamada responsabilidad social corporativa, o bien, como veremos a continuación, en la utilización de la fundación con otra finalidad y en la que los fines de interés general no son especialmente significativos.

Un ejemplo servirá para explicar el problema planteado: una fundación tiene el 100 por 100 de una sociedad mercantil. Dicha entidad tiene un beneficio de 1.000. Lo que hace la entidad es donar a su fundación/socio lo máximo permitido por la norma (un 10% de la base imponible) en lugar de repartir dividendos. De esta manera, la sociedad mercantil realiza una donación que, si bien no da derecho a minorar la base imponible, sí permite una deducción en la cuota por valor del 35 por 100 de la donación. Se obtendría así un beneficio fiscal que no existiría en caso de optar por repartir dividendos.

El problema señalado ha sido abordado por la doctrina administrativa en las Contestaciones de 5 de abril de 2006 [Consulta núm. V0649/2006 (NFC022433)] y de 21 de julio de 2006 [Consulta núm. V1576/2006 (NFC023174)] que se refieren a casos en que las sociedades, mayoritaria o totalmente participadas por una fundación o por una universidad, efectúan donaciones a sus propietarias. La DGT califica ambas operaciones como donaciones y entiende aplicable la deducción en el impuesto del donante.

Para CAZORLA PRIETO y BLÁZQUEZ LIDOY (2011, pág. 42) no es acertada esta doctrina administrativa, pues contradice la calificación contable adecuada. Como ha reconocido el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en la Consulta 4 del BOICAC 79/2009 (NFC035413), y partiendo de la prevalencia del fondo sobre la forma incluido en el apartado 1 del Marco Conceptual de la Contabilidad, el tratamiento contable de las transacciones debe responder y mostrar la sustancia económica y no solo la forma jurídica utilizada para instrumentarlas, de tal manera que «Si la sociedad A aporta recursos a la sociedad B de forma gratuita, esta aportación que realiza el socio a su sociedad no puede tener la consideración de gasto e ingreso respectivamente, ya que el apartado 2 de la NRV 18.^a, en consonancia con la definición de ingreso del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC)

recogido en la parte primera del PGC 2007, rechaza la posibilidad de que entre socio y sociedad pueda existir como causa del negocio la mera liberalidad. Por el contrario, la solución que recoge la norma para estas transacciones guarda sintonía con la causa mercantil que ampara las ampliaciones de capital».

Las «fundaciones de empresa», término con el que se conoce doctrinalmente a estas figuras, constituyen un fenómeno reciente que no tiene una regulación específica. Pero, en nuestra opinión, en este caso el problema no es tanto *si estamos ante una donación* —entendemos que no lo es— sino otro de mayor trascendencia: la instrumentalización de la forma jurídica de la fundación. Como ha puesto de relieve la doctrina civilista y mercantil la creación de una fundación, en ocasiones, no siempre tiene por causa el altruismo sino que obedece a otro tipo de razones. Así un empresario, ante el temor de que sus herederos no dirijan la empresa familiar de la forma que estima oportuno o que esta no se mantenga por la dispersión hereditaria del patrimonio accionarial, constituye una fundación —a la que dona sus acciones en vida— para que sea la fundación la que gestione la empresa conforme a sus designios y, al mismo tiempo, asegure su continuidad. También es posible que se utilice la fundación para controlar un grupo de sociedades siendo esta la dominante del *holding* con la intención de eludir normas antimonopolio o sobre autocartera, o evitar ofertas públicas de acciones ⁸⁹. Si nos encontramos ante supuestos de este tipo, esta doctrina defiende la aplicación del fraude de ley o la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo para los casos de abuso de la personalidad jurídica. Pero, antes de llegar a estas soluciones, pensamos que lo que se debe comprobar es si se cumplen los requisitos exigidos tanto por la Ley 50/2002, para las fundaciones de competencia estatal, como por la Ley 49/2002, para todas las ENL. En este sentido, las ENL están obligadas a realizar las actividades de interés general contempladas en sus estatutos, para las que expresamente se han constituido, y destinar las rentas obtenidas a la consecución de sus fines. Por tanto, entendemos que la fundación no se desviaría de su forma jurídica siempre que invierta, como mínimo, el 70 por 100 de las rentas que obtiene en la consecución de sus fines de interés general, tal y como exigen ambas leyes.

7.9. El Impuesto sobre el Valor Añadido no compensado y no recuperado como donación al Estado

En la Consulta núm. V1646/2007 (NFC027128) se plantea la deducibilidad como gasto del Impuesto sobre Sociedades de los importes de las cuotas a compensar por el Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando se ha producido la caducidad del derecho a deducir u obtener la devolución de las mismas, por el incumplimiento de las limitaciones establecidas en el artículo 99.5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. En la Contestación de 27 de julio de 2007, la DGT entiende que, desde la perspectiva contable, la caducidad del derecho de crédito frente a la Hacienda Pública, consistente en el derecho a solicitar y obtener la devolución o deducción de las cuotas a compensar por el Impuesto sobre el Valor Añadido correspondientes a ejercicios anteriores, como consecuencia del incumplimiento de las condiciones para el ejercicio de tales derechos, debe registrarse, a tenor de lo previsto en el Plan General de Contabilidad, como gasto extraordinario, al tratarse de la pérdida irreversible de un crédito, de carácter infrecuente, y que cae fuera de las actividades típicas de la empresa. Dado que no se ha ejercitado el derecho de crédito frente a la Hacienda Pública en el plazo establecido, para la DGT el gasto contabilizado tiene la consideración de liberalidad a efectos fiscales, lo que determina su

⁸⁹ LINARES ANDRÉS (2008, págs. 618-620), SOTILLO MARTÍ (2008, pág. 657) y PÉREZ ESCOLAR (2008, pág. 71).

consideración como gasto no deducible al tratarse de la renuncia voluntaria a un derecho y obliga a practicar el correspondiente ajuste extracontable positivo⁹⁰. Ante tal consideración, BLÁZQUEZ LIDOY (2010, pág. 401) se plantea si estaríamos ante una donación realizada al Estado a la que serían aplicables los beneficios fiscales de la Ley 49/2002, dado que aquel se encuentra entre las entidades beneficiarias del mecenazgo del artículo 16 de esta ley. Su duda surge de la calificación administrativa como acto de liberalidad. Nuestra opinión es desfavorable, en primer lugar, porque no se puede considerar una donación, sino una liberalidad, la renuncia (que, en esencia, es un acto unilateral) gratuita a un derecho de crédito para beneficiar al deudor⁹¹. Pero, tampoco sería una liberalidad equiparable a la donación –a efectos de la aplicación de los beneficios fiscales– como la renuncia a un derecho o el perdón de una deuda. Para ello pensamos que sería necesario que constara expresamente tal voluntad de realizar este negocio antes de que haya transcurrido el plazo de caducidad para recuperar el Impuesto sobre el Valor Añadido, ya que solo así se diferenciaría claramente de lo que es la pérdida del ejercicio de un derecho por el transcurso del plazo. Si se quiere que sea deducible hay que dar certidumbre y publicidad a la donación o liberalidad equivalente. A este respecto hay que recordar que el artículo 24.2 de la Ley 49/2002 exige

⁹⁰ En relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido la cuestión se centra en determinar qué ocurre si transcurren cuatro años desde la fecha de presentación de la declaración en que se originó el exceso de cuotas a compensar y el sujeto pasivo no ha podido compensar esos excesos ni ha optado por solicitar su devolución. En estos casos cabe plantearse si el sujeto pasivo pierde el derecho a recuperar esas cuotas o si la Administración tiene la obligación de devolvérselas. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de julio de 2007 (NFJ027587), ha señalado: «Las posibilidades de compensación o devolución han de operar de modo alternativo. Pero aunque el sujeto pasivo del impuesto opte por compensar durante los cinco años (ahora cuatro) siguientes a aquel periodo en que se produjo el exceso de impuesto soportado sobre el devengado, debe poder optar por la devolución del saldo diferencial que quede por compensar. El sujeto pasivo tiene un crédito contra la Hacienda Pública que se abstrae de su causa y que debe poder cobrar aun después de concluir el plazo de caducidad. La pérdida por el sujeto pasivo del derecho a resarcirse totalmente del IVA que soportó supondría desvirtuar el espíritu y la finalidad del impuesto. Por todo ello, entendemos, de acuerdo con el criterio mantenido por la sentencia recurrida, que no hay caducidad del derecho a recuperar los excesos no deducidos, aunque sí pérdida del derecho a compensar en periodos posteriores al plazo establecido, de forma que cuando no exista posibilidad para el sujeto pasivo de ejercitar la "compensación" por transcurso del plazo fijado, la Administración debe "devolver" al sujeto pasivo el exceso de cuota no deducido. Así pues, en la declaración en que se cumplen cinco años (cuatro años desde el 1 de enero de 2000), cuando ya no es posible "optar" por insuficiencia de cuotas devengadas, desde luego que se puede pedir la devolución. Por eso la sentencia recurrida había entendido que procede la devolución de cuotas soportadas declaradas a compensar y no compensadas, aunque hubieran transcurrido más de cinco años.

Caducado el derecho a deducir, o sea, a restar mediante compensación, la neutralidad del IVA solo se respeta y garantiza cuando se considere que empieza entonces un periodo de devolución, precisamente porque la compensación no fue posible, y que se extiende al plazo señalado para la prescripción de este derecho, después del cual ya no cabe su ejercicio. Por cualquiera de los procedimientos que se establecen (compensación y/o devolución) se debe poder lograr el objetivo de la neutralidad del IVA.

El derecho a la recuperación no solo no ha caducado (aunque haya caducado la forma de hacerlo efectivo por deducción continuada y, en su caso, por compensación), sino que nunca se ha ejercido, de modo que no es, en puridad, la devolución (como alternativa de la compensación) lo que se debe producir, sino que es la recuperación no conseguida del derecho del administrado que debe satisfacer la Administración en el tiempo de prescripción.

Como ha puesto de relieve la doctrina, se podría haber establecido en la ley que si a los cinco años (ahora cuatro) de optar por la compensación no se hubiera podido recuperar todo el IVA soportado, atendiendo a las fechas en que se soportó, la Administración iniciaría de oficio el expediente de devolución; se habría garantizado así la neutralidad como principio esencial del impuesto. Pero lo cierto es que no se ha regulado de esta forma, tal vez por el principio "coste-beneficio" pro Fisco. Pero aun siendo así, resulta difícilmente admisible (y menos si se invoca la autonomía de las regulaciones nacionales) negar el derecho a la devolución del IVA soportado, que realiza el principio esencial del impuesto. En vez de expediente de oficio, habrá que promover un expediente de devolución a instancia de parte.

No arbitrar algún medio para recuperar el crédito frente a la Hacienda Pública generaría un enriquecimiento injusto para la Administración pues nada obstaba para que, una vez practicada la comprobación administrativa y observada la pertinencia del crédito, se ofreciera al sujeto pasivo la posibilidad de recuperarlo por la vía de la devolución».

⁹¹ ALBADELEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART (2006, pág. 26).

que la donación conste expresamente en documento público u otro documento auténtico y que el donatario emita un justificante que acredite su realización. Por todo ello, surgen también dudas sobre la calificación de la renuncia expresa a la devolución del exceso de retenciones que puede practicarse en la autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Si bien esta posibilidad puede plantearse como hipótesis teórica carece de sentido desde un punto de vista práctico pues la cuantía obtenida con la deducción sería menor que lo que corresponde a la devolución.

Bibliografía

- ALBADALEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. [2006]: *La donación*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- AMAT LLARI, E. [1991]: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 25.
- BARRAL VIÑALS, I. [2004]: «El enriquecimiento del donatario como elemento estructural de la donación», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2007]: *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro*, Estudios Jurídicos, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- [2009]: «Donaciones obligatorias a fundaciones de colegios y la Ley Orgánica de Educación», *Quincena Fiscal*, n.º 13.
 - [2010]: «Base Imponible del Impuesto sobre Sociedades», *Fiscalidad Práctica*, tomo III, Aranzadi, Cizur Menor.
 - [2011]: «Cuestiones conflictivas de las exenciones subjetivas y entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades», *Quincena Fiscal*, n.º 4.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. [2001]: «Reflexiones sobre la situación actual y propuestas de futuro del régimen tributario del mecenazgo», *RCyT. CEF*, n.º 218, mayo 2001.
- CASANELLAS CHUECOS, M. [2003]: *El nuevo régimen tributario del mecenazgo*, Marcial Pons, Madrid.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. [1993]: *Derecho Civil español, común y foral. Derecho de obligaciones*, tomo IV, 15.ª edición, Editorial Reus, Madrid.
- CAZORLA PRIETO, L.M.ª y BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2011]: «Cuestiones fiscales candentes en materia de fundaciones: el impuesto sobre el valor añadido», *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CEBRIÁ GARCÍA, M.ª D. [1999]: *La autofinanciación de la Iglesia Católica en España. Límites y posibilidades*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca.
- CRUZ AMORÓS, M. y LÓPEZ RIBAS, S. [2004]: *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y acción privada*, Cideal, Madrid.
- CUBERO TRUYO, A. [2006]: *Fiscalidad de los estudiantes*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERRANDO VILLALBA, M.ª L. [2008]: «Artículo 12», *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (Jesús OLAVARRÍA IGLESIA), Tirant lo Blanch, Valencia.

- GARCÍA NOVOA, C. [2001]: «Régimen fiscal del *sponsor*», *Fundaciones y Mecenazgo. Régimen fiscal* (coord. Perfecto YEBRA), Editorial Comares, Granada.
- GIL DEL CAMPO, M. [2010]: *Contabilidad y fiscalidad de las entidades sin fines lucrativos y del mecenazgo*, Ciss, Madrid.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M. [2004]: «La aportación rotacional y su posible reversión a los herederos del fundador», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia.
- GRAMUNT FOMBENA, M.^a D. [2004]: «Reflexiones en torno a la revocación de las donaciones», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albadalejo García*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia.
- JIMÉNEZ DÍAZ, A. [1998]: *La exención de las fundaciones y la crisis fiscal del Estado*, McGraw-Hill, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. [1986]: *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 3.º, Bosch, Barcelona.
- LINARES ANDRÉS, L. [2008]: «Artículo 24», *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (Jesús OLAVARRÍA IGLESIA), Tirant lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ PALOP, E. [1959]: *La donación remuneratoria y el artículo 622 del Código Civil*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo III.
- LÓPEZ RICHART, J. [2001]: *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, Madrid.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. [2008]: «Artículo 22», *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (coord. Jesús OLAVARRÍA IGLESIA), Tirant lo Blanch, Valencia.
- MÁRQUEZ SILLERO, C. [2007]: *La exención de las fundaciones en el Impuesto sobre Sociedades*, La Ley, Madrid.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A. [1996]: *Fundaciones y Mecenazgo*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A. [2001]: «Fundaciones y donaciones temporales», *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- NATERA HIDALGO, R.D. [2007]: *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles*, Ciss, Valencia.
- NAVARRO PÉREZ, J.L. [1988]: *La cesión de créditos en el derecho civil español*, Comares, Granada.
- NIETO ALONSO, A. [2010]: «Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, Rafael DE LORENZO, José Luis PIÑAR y Teresa SANJURJO (directores), Aranzadi, Cizur Menor.
- PÉREZ ESCOLAR, M. [2008]: *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M. [2005]: *Las confesiones religiosas en el marco jurídico del mecenazgo*, Edisofer, Madrid.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. [2007]: *La revocación de las donaciones*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- SANTOS MORÓN, M.^a J. [2005]: «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial», *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Santiago MUÑOZ MACHADO, Miguel CRUZ AMORÓS, Rafael DE LORENZO GARCÍA (directores), Fundación ONCE-Iustel, Madrid.
- SOTILLO MARTÍ, A. [2008]: «Artículo 25», *Comentarios a la Ley de Fundaciones* (Jesús OLAVARRÍA IGLESIA), Tirant lo Blanch, Valencia.
- VALLET DE GOYTISOO, J.B. [1978]: «Notas acerca de las donaciones indirectas», *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid.
- VATTIER FUENZALIDA, C. [1996]: «Las nuevas liberalidades de mecenazgo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo III, Ministerio de Justicia, Madrid.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE FISCALIDAD DE LA ENERGÍA Y SOSTENIBILIDAD

ALBERTO CORNEJO PÉREZ

Economista e Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EL objetivo de este trabajo no es aportar soluciones sobre qué decisiones son las correctas frente a las alternativas en un ámbito, el de la fiscalidad sobre la energía, en el que confluyen, como mínimo, estrategias fiscales, medioambientales y energéticas. Se pretende simplemente plantear algunos conflictos interesantes que se deberían conocer y sobre los que se debería reflexionar detenidamente al valorar posibles decisiones en una materia tan extremadamente compleja.

Un primer interrogante nos servirá para centrar la discusión: ¿Son adecuados los impuestos para las políticas de protección medioambiental en el ámbito de la energía? ¿En qué casos? ¿Impuestos sobre qué energías? ¿Sobre las emisiones atmosféricas o sobre los productos que las generan? Su relación con otros instrumentos de política pública.

En segundo lugar, estudiaremos algunas de las respuestas que la Comisión Europea propone dar a estos interrogantes en su reciente Propuesta de Directiva sobre esta materia, y reflexionaremos en particular sobre la nueva estructura que está impulsando la Comisión para estos impuestos, con sus dos componentes de emisiones de CO₂ y energía. ¿Es necesaria esa nueva estructura, o solo sirve para complicar su gestión y control, que deberían ser lo más sencillos posible? ¿Es lo importante contar con impuestos denominados «sobre el CO₂» o basta con que el precio final de esos productos energéticos incorpore un suplemento de precio por los costes externos que genera su consumo?

Por otra parte, la reducción de las emisiones de CO₂ es importante para luchar contra el cambio climático, pero ¿no existen otros perjuicios graves para el medio ambiente que podrían agravarse con este cambio?

Terminaremos reflexionando sobre una cuestión precisa: los incentivos a los biocarburantes en estos impuestos y la reforma que también está impulsando la Comisión. Sin entrar en el debate sobre si debe ser apoyada su producción, ¿tiene sentido que se haga mediante impuestos o es más razonable que, en su caso, se incentiven con subvenciones? Si consideramos que sí tiene sentido, veremos los motivos por los que su gestión resulta muy compleja enunciando, a título de ejemplo, el problema que puede suponer la exportación de biocarburantes.

Palabras clave: fiscalidad medioambiental, energía, biocarburantes y Comisión Europea.

CERTAIN ISSUES ABOUT ENERGY TAXATION AND SUSTAINABILITY

ALBERTO CORNEJO PÉREZ

Economista e Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE main objective of this work is not to provide answers to the questions about which public policy decision is the best compared with the alternatives in an area –energy taxation– in which, at least, environmental, energy and tax policies come together. We will just try to put on the table certain interesting debates that should be taken into account and about which we should reflect very carefully before taking any decisions in such a complex area.

The first thing to do will be to focus the discussion, trying to answer the question about whether taxes are correct public policy instruments in this area, about which kinds of energies should be taxed, how to define the tax: on emissions or on energy products and, of course, their relation with other public policy instruments.

Secondly, we will study the answers that the European Commission is proposing in its recent Proposal for a Council Directive on this area, and we will reflect in particular about the new structure that the Commission considers should be put in place, with two components: CO₂ emissions and energy content. Is this new structure necessary, or the only consequence will be to make the management and control more difficult, in a time when we are looking for more simplicity in taxation rules? The important thing is to have «taxes on CO₂» or rather to achieve a price increase in those products, so as to internalise their external costs?

On the other hand, the CO₂ emissions reduction is an important task to fight against climate change, but we must consider that there are other serious threats for the environment that could even be worsened by this change.

We will finish with the biofuels incentives that are implemented via these taxes and the reform that the European Commission is proposing. Without deepening in the debate about whether their production should be supported, does it make sense that the support is implemented via taxes or would it be more sensible to implement it via subsidies? In the case we conclude that taxes should be used for this, we will examine the reasons why the management of these incentives is so complicated, mentioning as an example the problem caused by biofuel exports.

Keywords: environmental taxation, energy, biofuels and European Commission.

Sumario

1. Sobre la adecuación de los impuestos energéticos para la protección del medio ambiente.
2. Singularidad de la fiscalidad sobre la energía en la fiscalidad medioambiental: centralidad en una reforma fiscal verde.
3. ¿Impuestos sobre qué energías?
 - 3.1. Nuclear.
 - 3.2. Renovables.
4. ¿Impuestos sobre las emisiones atmosféricas o sobre los productos que las generan? ¿Sobre qué emisiones?
5. Dificultades comunes a estas clases de impuestos: la competencia internacional.
6. Su relación con otros instrumentos de política pública.
7. Los biocarburantes y biocombustibles.
8. Soluciones propuestas por la Comisión Europea.
 - 8.1. Productos cuyo gravamen aborda la Directiva comunitaria.
 - 8.2. Separación de la fiscalidad de la energía en dos componentes.
 - 8.3. Equivalencias y familias.
 - 8.4. Eliminación del gasóleo profesional.
 - 8.5. Agricultura.
 - 8.6. Incremento automático de mínimos.
 - 8.7. Coherencia con el régimen de comercio de derechos de emisión.
 - 8.8. Competitividad: tratamiento especial de los sectores con riesgo de fuga de carbono.
 - 8.9. Biocarburantes.

Con carácter preliminar debe destacarse que el objetivo de este trabajo no es aportar soluciones sobre qué decisiones son las correctas frente a las posibles alternativas, sino plantear un número razonable de interrogantes y reflexiones que deberían valorarse antes de tomar decisiones en un terreno tan extremadamente complejo como es este. Esta complejidad viene dada no solo por la propia complejidad técnica de los tributos sobre la energía sino por el hecho de que para su definición confluyen intereses y necesidades estratégicas del ámbito del sistema energético, de la protección del medio ambiente y de carácter social.

1. SOBRE LA ADECUACIÓN DE LOS IMPUESTOS ENERGÉTICOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La utilización de impuestos con finalidades extrafiscales está siempre revestida de una suerte de desconfianza por parte de la población. Parece percibirse, al menos en España, que cualquier argumentación que se pretenda transmitir sobre dichas finalidades extrafiscales se topa con un gran escepticismo acerca de las verdaderas intenciones del proponente del cambio fiscal de que se trate. Estas argumentaciones resultarían además más difíciles de sostener en una coyuntura como la actual, en la que la consolidación de las cuentas públicas o la lucha contra el déficit parecen estar detrás de cualquier decisión pública de modificar los impuestos.

La configuración de la fiscalidad sobre la energía en un país se caracteriza en gran medida por su tradición e historia y por sus recursos energéticos autóctonos. Efectivamente, estos factores acaban conformando una determinada estructura fiscal en la que los agentes encuentran un acomodo y cualquier cambio en la misma provoca perdedores. Evidentemente, todo cambio importante provoca también ganadores, pero los primeros parecen tener un papel más destacado en las decisiones, al defender con mayor vehemencia la preservación de lo que ya asumen como derechos adquiridos. Especialmente cuando los ganadores son tan abstractos como la sociedad en general o el medio ambiente atmosférico a escala internacional. En este contexto, estos argumentos resultan muy difíciles de defender a corto plazo, dado que en ese plazo no pueden apreciarse debidamente las ventajas derivadas de un cambio como el que se pretende con esta fiscalidad.

Dejando de lado esta importante cuestión, parece clara la racionalidad económica que descansa tras la utilización de impuestos que desincentiven determinadas actuaciones perjudiciales para el medio ambiente atmosférico. Debemos subrayar también que hablamos en todo caso de actuaciones

que son perjudiciales pero siempre son lícitas y permitidas. Dejamos de lado, por tanto, todo el ámbito de lo que podríamos llamar «regulaciones» o normas «de mandato y control», como podrían ser las normas de calidad de los carburantes, que vetan un determinado componente o aditivo de estos, o la prohibición de realizar quemas incontroladas de determinados productos. En estos casos, principalmente por el riesgo que entrañan para la seguridad o la salud humanas, esos consumos o actividades están sencillamente prohibidos.

Efectivamente, de entre las actividades humanas (antropogénicas, como se denominan habitualmente en este contexto) que causan perjuicios al medio ambiente y cuya realización es susceptible de ser restringida por la Autoridad Pública podríamos distinguir dos tipos, a efectos didácticos:

En primer lugar, aquellas cuyo efecto en el medio ambiente es tan nocivo y perjudicial que la intervención pública se limita a prohibir su realización, pura y llanamente. Casi en todos los casos en que se actúa con esta contundencia lo es por ser tales actividades muy directamente perjudiciales para la salud humana. Ejemplos de estas prohibiciones, como ya se ha señalado, podrían ser las especificaciones técnicas de los carburantes, que prohíben el uso de aquellos componentes de un carburante (como el plomo) que se consideran muy perjudiciales para el medio ambiente y para la salud humana.

En segundo lugar, se encontrarían aquellas actividades humanas cuya realización se considera aceptable en el momento histórico de que se trata pero que no se deben llevar a cabo ilimitadamente, sino con moderación. Entre esas actividades humanas se encuentran las que aquí nos interesan: la utilización de productos energéticos que están permitidos pero que provocan unos perjuicios ciertos. Y no son menos ciertos esos perjuicios por difícil que sean de percibir por las personas si no es a través de complejas labores de investigación del clima, que no están al alcance de todos. Es en este segundo grupo de actividades en el que tienen un papel que desempeñar los tributos medioambientales. La moderación en la realización de estas actividades debe ser el resultado, idealmente, de una toma de conciencia de los ciudadanos de las consecuencias de sus actos y de una actuación responsable con ella. Las actividades de formación y difusión del conocimiento que son la clave para llevar esto a cabo encuentran, no obstante, un complemento idóneo en los impuestos. Lo mismo podría decirse con respecto al otro instrumento económico por excelencia de la política pública: los regímenes de comercio de derechos de emisión (en adelante RCDE), de los que hablaremos más adelante.

2. SINGULARIDAD DE LA FISCALIDAD SOBRE LA ENERGÍA EN LA FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL: CENTRALIDAD EN UNA REFORMA FISCAL VERDE

Debemos empezar encuadrando nuestro análisis del modo más ajustado posible. Para ello, nos ceñiremos en este trabajo al estudio de los «tributos relacionados con el medio ambiente» a los que se refiere la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), cuando los define como los «tributos exigidos sin contraprestación, cuya base fiscal se considera de una relevancia medioambiental significativa ¹». Podría precisarse algo más este concepto restringiéndolo-

¹ OCDE. *Environmental taxation in OECD countries: issues and strategies*, octubre de 2001, pág. 6.

lo a aquellos que tengan una posibilidad de influir sobre pautas de consumo de los ciudadanos. Los impuestos de los que trataremos en el presente trabajo cumplen, en rasgos generales, con cualquiera de estas definiciones.

De este modo descartamos cualquier debate en torno al destino que esté dándose a la recaudación de estos tributos, puesto que ello no alterará la naturaleza medioambiental del tributo analizado. La función principal del tributo, a estos efectos, es muy sencilla: incrementar el precio a pagar por los consumidores por un determinado bien, con el fin de que se consuma en menor medida que lo que se haría en ausencia del tributo.

En cuanto a la relación entre estos impuestos sobre la energía y la «reforma fiscal verde» y el «doble dividendo», debe destacarse una característica que revisten, al menos, algunos de ellos: su gran capacidad recaudatoria.

Efectivamente, el concepto de reforma fiscal verde, atractivo como pocos en materia fiscal, podría resumirse en la creación de impuestos medioambientales o el incremento en los impuestos ya vigentes de esta naturaleza para financiar reducciones en los impuestos que gravan el trabajo generando así, junto al beneficio medioambiental que supone la atenuación de las externalidades (contaminación), un segundo beneficio, o doble dividendo, consistente en reducir la distorsión económica que representa la exigencia de impuestos sobre los salarios (impuestos sobre las rentas del trabajo o contribuciones a la seguridad social).

Pues bien, de los tributos relacionados con el medio ambiente, los únicos que gozan de una capacidad recaudatoria suficiente como para permitir pensar en una reducción de esos impuestos sobre el trabajo que pueda llegar a tener algún efecto apreciable son, en estos momentos, algunos impuestos sobre productos energéticos.

3. ¿IMPUESTOS SOBRE QUÉ ENERGÍAS?

Vamos a hacer alguna reflexión a continuación en relación con las clases de energía que se utilizan por el ser humano para satisfacer sus necesidades y el papel que podría jugar un impuesto medioambiental en cada una de ellas.

3.1. Nuclear

Un porcentaje muy elevado de la energía utilizada en el mundo es de origen nuclear, por lo que no resultaría completo un estudio de la fiscalidad sobre la energía que no mencionara, siquiera brevemente, esta clase de energía.

De acuerdo con el esquema lógico seguido en la introducción, la primera reflexión a hacer sería la de qué clase de actividad hablamos, puesto que en estos términos se plantea el debate ante la

opinión pública: la energía nuclear debe ser prohibida, por lo perjudiciales que resultan sus efectos sobre el medio ambiente, o bien se considera lícita pero que su consumo se debe moderar, siendo así terreno idóneo para la utilización de impuestos.

En primer lugar, debe señalarse que no parece haberse pasado de esa fase en el debate sobre esta energía, lo que ha llevado a que no sea significativa la exigencia de tributos en la Unión Europea (UE), ni ha sido significativo tampoco el comercio de productos vinculados con esta energía, motivos estos que dieron lugar en su momento a la armonización de los impuestos energéticos en la UE. Efectivamente, no se daban respecto a esta energía las circunstancias que llevaron a armonizar los demás impuestos energéticos: la creación del mercado interior en 1993 no se veía obstaculizada por intercambios intracomunitarios de productos vinculados con esta energía, no existían impuestos nacionales en los Estados miembros sobre la energía nuclear con similitudes suficientes y, en resumen, no existía un interés por armonizar esta materia.

El debate público en relación con esta energía sigue anclado, por tanto, en un «nuclear sí/nuclear no» y, entre tanto, pocos son los instrumentos fiscales aplicados con el fin de, simplemente, moderar el uso de esta energía. Posiblemente el debate sea muy singular en relación con esta energía por dos motivos:

- a) La energía nuclear no produce emisiones de gases de efecto invernadero y, en consecuencia, en cierto modo, resulta aislada del principal debate relacionado con el uso de la energía y el medio ambiente: la lucha contra el cambio climático.
- b) Los principales problemas derivados del uso de la energía nuclear son de seguridad y de gestión de los residuos. Abordar con una cierta seriedad estos problemas exige complejas labores de valoración de riesgos y de costes de gestión de los residuos durante periodos de tiempo tan largos (algunos de millones de años) que tiene difícil encaje en las teorías económico-financieras. Por ello, los instrumentos fiscales quizás no sean los más idóneos para abordar una posible solución a estos problemas, sin perjuicio de que todo instrumento que fomente el ahorro energético o la disminución en el consumo de energía condicionará el desarrollo de esta industria.

Como excepción a esta ausencia de instrumentos fiscales, en algunas comunidades autónomas españolas se han aprobado impuestos relacionados con esta energía. Efectivamente, en al menos Castilla-La Mancha y Extremadura se encuentran vigentes impuestos que gravan específicamente la producción termonuclear de energía eléctrica, en el primer caso, y los elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades que incidan sobre el medio ambiente, entre las que se encuentra la producción de energía de origen termonuclear.

3.2. Renovables

El apoyo y fomento de la energía renovable es un objetivo de todo gobierno desarrollado, debido a motivos tanto de protección del medio ambiente (dado que por lo general se considera que

esta forma de energía provoca menos daños al medio ambiente que las energías alternativas) como de autonomía energética, que se suele ver favorecida gracias a que, en mucha mayor medida que las energías fósiles, se trata de fuentes autóctonas de los países donde se consumen.

La naturaleza de esta energía, por tanto, hace que el instrumento de política pública idóneo para influir en ella sean las subvenciones, y no los impuestos. Por ese motivo, solo haremos mención, más adelante, a las energías renovables al referirnos a un incentivo que se instrumenta como una menor tributación en el Impuesto sobre Hidrocarburos, el incentivo aplicable a los biocarburantes.

4. ¿IMPUESTOS SOBRE LAS EMISIONES ATMOSFÉRICAS O SOBRE LOS PRODUCTOS QUE LAS GENERAN? ¿SOBRE QUÉ EMISIONES?

Parece este el lugar más adecuado para reflexionar sobre un punto que complica las decisiones en materia de protección del medio ambiente: la interacción entre diferentes impactos en dicho medio ambiente. Efectivamente, abordar una preocupación sobre la protección medioambiental como es la lucha contra el cambio climático puede llevar quizás a no tener suficientemente en cuenta otros problemas asociados también a la protección del medio ambiente. Por poner un ejemplo, la reestructuración del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte (IEDMT) llevada a cabo, básicamente, por la Ley de Calidad del Aire ² y que entró en vigor en 2008 se hizo exclusivamente en función de las emisiones de CO₂ de los vehículos terrestres con el declarado objetivo de contribuir a la lucha contra el cambio climático ³. Como consecuencia de ello, se ha producido un incentivo relativo a la adquisición de vehículos diesel, dado que sus emisiones de CO₂ por kilómetro son algo más bajas que las de los propulsados por motores de gasolina. Paradójicamente, sin embargo, podría defenderse el argumento según el cual la calidad del aire en las ciudades se ha visto perjudicada por ello, puesto que las sustancias de las que depende dicha calidad se emiten en mayor medida por los vehículos diesel. Según esta tesis, la lucha a favor de una mejor calidad del aire es más compleja que la lucha contra las emisiones de CO₂ y requeriría una mayor sofisticación de los impuestos empleados como instrumentos en esta política.

Otro aspecto interesante en el diseño de los impuestos sobre la energía en el que merece la pena detenerse es la determinación de qué resulta más adecuado, si un impuesto configurado directamente sobre las emisiones contaminantes o sobre los productos que con su combustión las provocan. Pues bien, siendo dichas emisiones directamente proporcionales a las cantidades de producto

² Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (BOE de 16 de noviembre).

³ En la parte expositiva del Real Decreto-Ley 8/2009, de 12 de junio, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito, por importe total de 19.821,28 millones de euros, y se modifican determinados preceptos de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (BOE de 13 de junio), se dice que «El incremento de los tipos del Impuesto sobre Hidrocarburos aplicables a los carburantes de automoción utilizados para el transporte por carretera es una de las medidas que pueden permitir internalizar los costes ambientales que provocan estos carburantes y, en la medida de lo posible, contribuir a moderar las emisiones de este sector no sujeto al mercado de derechos de emisión. En esta situación parece aconsejable proceder a un incremento de los tipos impositivos del Impuesto sobre Hidrocarburos para los productos cuyo consumo está más extendido y, en consecuencia, provocan mayores emisiones de gases de efecto invernadero, lo que se concreta en un incremento de los tipos impositivos aplicables en este impuesto a las gasolinas y a los gasóleos para automoción».

quemadas y siendo mucho más sencilla la gestión y el control de los impuestos sobre productos, la decisión a favor de estos últimos está prácticamente garantizada.

Efectivamente, el gravamen de las emisiones atmosféricas puede hacerse, en teoría, de dos únicas formas: gravando los productos que se queman y que, en consecuencia, liberan unos productos gaseosos o sustancias contaminantes, o bien mediante medidores de dichas sustancias emitidas: «monitores para la medición en continuo de la concentración de las sustancias emitidas y medidores del caudal», en terminología de la Ley andaluza reguladora de su Impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera⁴. Parece claro que relativamente en pocas fuentes de emisión se dispondrá de tales medidores y se podrá guardar un registro de las emisiones históricas producidas y con mínimas garantías de que tales mediciones reflejen con precisión esas emisiones realmente producidas. No parece necesario profundizar mucho más para descartar este procedimiento de configuración y gestión del impuesto para instalaciones que no estén sometidas a una estrecha vigilancia por parte de la Administración pública. Así, el único caso en que se aplica este gravamen es para instalaciones industriales de cierta envergadura, y parece evidente que para los sectores difusos (transporte y residencial) este sistema resulta inviable.

Así pues, los impuestos sobre consumos específicos como, en el caso de España, el Impuesto sobre Hidrocarburos, en los que el hecho imponible se produce en uno de los momentos iniciales del proceso de fabricación y comercialización del producto, reduciendo a muy pocos el número de sujetos pasivos, responden a un modelo que se podría calificar de ideal para estos impuestos. El impuesto se incorpora al precio de los hidrocarburos gravados, trasladándose al precio final de los productos en cuya fabricación se hayan consumido, y sin ser necesario que la Administración pública controle el producto una vez devengado el impuesto con aplicación de un tipo general (ni reducido ni exento).

5. DIFICULTADES COMUNES A ESTAS CLASES DE IMPUESTOS: LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

Un impuesto sobre consumos específicos constituye siempre un mayor coste de producción de los bienes sobre los que recae y, en última instancia, un mayor precio de venta al público de dichos bienes, o de los bienes en cuya producción se han empleado los bienes gravados. Todo incremento del precio de venta al público supone una pérdida de competitividad de dichos bienes en un mercado concreto con respecto a otros bienes potencialmente sustitutivos. Esta pérdida de competitividad es, además, algo buscado conscientemente por el poder público que establece dicho impuesto, en el ánimo de desincentivar el consumo de ese bien en términos relativos.

Ahora bien, puede suceder que alguno de los bienes que compiten en un mismo mercado se beneficien de la ventaja consistente en haber sido producidos en un país donde no existan impuestos similares, por lo que podrán ser vendidos más baratos y la demanda se dirigirá a adquirirlos, perjudicando a las industrias radicadas en el país donde existan dichos impuestos y sin lograr una disminución en el consumo de dicho bien, que seguiría consumiéndose en igual medida. Esta clase de

⁴ Artículo 28 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (BOE de 30 de enero).

competitividad debe ser preservada por todos los medios, porque de lo contrario el instrumento económico (impuesto medioambiental) devendría inútil y solo provocaría pérdidas económicas sin mejorar el medio ambiente. Este fenómeno, en los casos en que provoca traslado de las plantas de producción desde el país donde se establece el impuesto o la regulación ambiental a otros países terceros, ha sido denominado «fuga de carbono» por la Comisión Europea.

En consecuencia, se trata de crear unas condiciones justas de competitividad en un determinado mercado donde, por una decisión soberana del país o conjunto de países donde se encuentre dicho mercado, se implante un mayor grado de protección del medio ambiente. Para ello, resulta preciso arbitrar medidas que garanticen esas condiciones justas de competitividad, que en la teoría podrían encontrarse entre dos extremos: no gravar con el impuesto medioambiental los productos sometidos a competencia internacional o gravar todos los productos consumidos en ese mercado, incluyendo también los importados.

La primera solución (no gravar estos productos) resulta más sencilla de administrar y es por la que ha optado la UE y la mayor parte de sus Estados miembros históricamente en los impuestos sobre la energía. Se trata de crear exenciones en los impuestos armonizados que puedan beneficiar a los productos que compiten en mercados internacionales o, incluso, se llega a renunciar a armonizar los impuestos energéticos que les afectan. Así ha ocurrido, por ejemplo, con los impuestos energéticos que gravan los procesos de reducción química en el sector del acero, los utilizados para el transporte aéreo y marítimo internacionales, etc. El inconveniente de esta solución es que se reduce a cero el incentivo ambiental.

La segunda solución (gravar todos los productos vendidos en un mercado, incluidos los importados) solo resulta fácil de llevar a la práctica y, de hecho, así se hace, en relación con los productos fácilmente identificables y gravables. Así, en los Impuestos sobre Hidrocarburos existentes en la UE se grava tanto la fabricación en el territorio de la UE de los hidrocarburos sometidos al impuesto como su importación de países terceros. De modo inverso, se exime de dicho impuesto la fabricación de esos productos cuando se destinan a ser consumidos fuera de la UE. El problema viene dado cuando, en el bien que es objeto de importación o exportación, no es fácilmente identificable el producto gravado, debido a que lo que se transmite no es el producto gravado sino productos finales en cuya fabricación se han consumido los productos gravados. Así, por poner un ejemplo teórico, cuando se exportan productos cerámicos en cuya fabricación se hubieran consumido grandes cantidades de gasóleo gravado con el tipo aplicable cuando se usa como combustible, el fabricante de dichas cerámicas no obtendría devolución alguna del Impuesto sobre Hidrocarburos español⁵. Del mismo modo, en la importación de cerámicas de un país tercero en el que no existiera un impuesto equivalente al Impuesto sobre Hidrocarburos, no podría establecerse un derecho de importación que fuera equivalente al soportado por un fabricante español de cerámicas, por diversas razones. Por solo señalar dos, diríamos que, en primer lugar, los derechos de importación se establecen de modo unificado para todo el Territorio Aduanero Comunitario, no pudiendo ser determinante para ello la fiscalidad existente en un único Estado miembro; y, en segundo lugar, no resulta posible conocer con exactitud el derecho de importación que resultaría equivalente al impuesto español, por desconocerse el proceso de producción del bien importado (según sea más o menos eficiente el proceso productivo empleado

⁵ El artículo 10 de la Ley de Impuestos Especiales determina, con relación a las devoluciones, que «En ningún caso originarán derecho a devolución los productos empleados como combustibles o carburantes».

será mayor o menor el consumo de productos energéticos y, por ende, el impuesto soportado). En conclusión, un derecho de importación establecido sobre una base económica tan poco precisa, probablemente, sería considerado por el Tercer país como una medida proteccionista y como tal combatida en el marco de la Organización Mundial del Comercio ⁶.

En tercer lugar, una solución «intermedia» es la que propone la Comisión Europea para ciertos sectores que se encuentran en esta situación en su artículo 14 bis, como se verá en el epígrafe 8.8 siguiente.

6. SU RELACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA PÚBLICA

Ya se ha adelantado alguna reflexión acerca de la relación de los impuestos energético-ambientales con los instrumentos de mandato y control. Parece que con respecto a estos otros instrumentos de política pública la relación, al menos en la teoría, resulta clara: las regulaciones, o prohibiciones, afectan a consumos o procesos productivos que se juzgan inaceptables, por motivos de seguridad, de protección a la salud, etc. La utilización de impuestos debe restringirse al ámbito de las actividades lícitas y permitidas, pero cuya realización provoca unos efectos negativos en el largo plazo. Y no por ser estos efectos menos perceptibles deja de considerarse necesario limitarlos.

Dentro del concepto de «otros instrumentos de política pública» se debe destacar un importante subgrupo formado por los «instrumentos económicos». La principal característica de estos instrumentos podría resumirse en que el poder público interviene exclusivamente en uno de los elementos determinantes de la oferta o la demanda, dejando en lo demás al mercado que actúe sin interferencias. En los impuestos, se actúa sobre el precio de determinados bienes, incrementándolo y así reduciendo la demanda en términos relativos y, en consecuencia, la producción de un determinado producto. En las subvenciones, la intervención es precisamente la contraria.

El otro instrumento de mercado que ha alcanzado una gran importancia en el ámbito de la protección del medio ambiente y, en particular, en el ámbito de las emisiones provocadas por el uso de la energía es el ya mencionado RCDE. Y es este instrumento el que más fácilmente puede entrar en conflicto con los impuestos sobre emisiones.

La regla que más comúnmente se ha empleado para abordar este conflicto es la de evitar el solapamiento entre ambos instrumentos. Así, por poner un ejemplo, la Comisión Europea, en su Propuesta de Directiva sobre fiscalidad de la energía ⁷ (en adelante, la Propuesta), opta por establecer una exención del proyectado impuesto sobre las emisiones de CO₂ que se aplicaría a «los productos energéticos utilizados para actividades sujetas al régimen de la Unión establecido en la Directiva 2003/87/CE (el RCDE comunitario) y no excluidos de este».

⁶ Un mayor desarrollo de estas ideas puede encontrarse en el artículo «La fiscalidad ambiental y el comercio internacional: los ajustes fiscales en frontera», dentro de la monografía *Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas* (2004), Civitas.

⁷ Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2003/96/CE, del Consejo, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (DOUE de 29 de junio).

7. LOS BIOCARBURANTES Y BIOCOMBUSTIBLES

En principio, fabricar biocarburantes o biocombustibles (en adelante, biocarburantes) a partir de productos vegetales (renovables y sostenibles) resulta más costoso que extraer hidrocarburos fósiles del subsuelo y refinarlos para fabricar los carburantes de uso más común.

A pesar de que el efecto final conjunto de los biocarburantes, estudiado su ciclo de vida completo, siga siendo un asunto controvertido, existe un cierto consenso sobre la conveniencia de que los poderes públicos apoyen la fabricación de biocarburantes, por motivos de política medioambiental, agraria y de autonomía energética.

Sin embargo, instrumentar este apoyo mediante un impuesto como el Impuesto sobre Hidrocarburos, impuesto especial armonizado en la UE, presenta enormes complicaciones debido a numerosas razones. Sirvan de ejemplos las siguientes:

- Los fabricantes de biocarburantes, que son aquellas personas cuya actividad se trata de favorecer, generalmente no son los sujetos pasivos del Impuesto sobre Hidrocarburos.
- Los biocarburantes suelen mezclarse con carburantes convencionales y resulta imposible en la práctica (en tiempo y a coste razonables) determinar el contenido real de biocarburantes de una determinada partida de carburante.

En el sistema logístico de distribución de hidrocarburos que se usa de modo generalizado en España, esto se complica aún más porque el carburante se convierte en un producto fungible que:

- Es objeto de compraventas, a veces sucesivas, entre los diferentes operadores del sistema antes de salir del depósito fiscal y, por tanto, devengarse el impuesto.
- Forma parte de un sistema logístico cuyo titular actúa por cuenta de otros, sin adquirir la propiedad de los productos que recibe ni transmitiendo la de los que expide.

Todos estos factores inciden en la complicación de determinar cuándo un beneficio fiscal está correctamente aplicado. No debe olvidarse que, consistiendo el beneficio fiscal en la aplicación de un tipo cero (cuya vigencia está, por cierto, limitada hasta el 1 de enero de 2013), solo podrá aplicarse cuando el devengo se haya producido y no resulte aplicable una exención. En particular, los biocarburantes destinados a la exportación son productos por los que se devenga el Impuesto sobre Hidrocarburos pero al amparo de una exención, por lo que no resulta conforme a la ley el otorgamiento del beneficio fiscal por los biocarburantes que hayan sido exportados. Pues bien, hacer posible un seguimiento, siquiera contable, de los biocarburantes que permita evitar este efecto exige la puesta en marcha de un sistema de una gran complejidad, que debe tener en cuenta todas las circunstancias señaladas anteriormente.

Otro inconveniente, quizás más importante que el anterior, es la obligación de no hacer una discriminación en función de su origen geográfico de los biocarburantes que se van a beneficiar del tipo especial. Esta constituye una regla básica y fundamental del comercio internacional, plasmada

en el artículo XX del GATT⁸ así como en las normas aplicables al comercio entre Estados miembros de la UE, como por ejemplo en el artículo 110 del TFUE⁹.

Cuestión distinta es velar por el cumplimiento estricto de las condiciones que se exigen para que los biocarburantes se beneficien de un trato fiscal privilegiado. Así pues, los Estados que decidan promocionar su producción y utilización sacrificando ingresos de sus arcas tributarias pueden, de modo completamente legítimo y legal, establecer las condiciones o requisitos que deben cumplir los productos beneficiarios de ese mejor trato. De este modo, resultaría completamente conforme a Derecho establecer una obligación de acreditar que el suelo donde se van a cultivar las plantas de las que se obtenga el biocarburante no sea de alto valor ecológico, que se demuestre un determinado ahorro en las emisiones de gases de efecto invernadero en el ciclo de vida completo del biocarburante, etc. Además, desde un punto de vista jurídico, las condiciones que establece la Directiva para conceder reducciones fiscales para estos productos¹⁰ deben ser verificadas por los Estados miembros, cosa que resulta inevitablemente más compleja cuando la procedencia del biocarburante es de una región del mundo donde existen menores controles a su producción.

8. SOLUCIONES PROPUESTAS POR LA COMISIÓN EUROPEA

8.1. Productos cuyo gravamen aborda la Directiva comunitaria

Se debe empezar por una interesante diferenciación llevada a cabo por la vigente Directiva europea sobre fiscalidad de la energía: productos energéticos y electricidad¹¹. Efectivamente, la electricidad no puede considerarse un producto energético, en el sentido de producir energía mediante

⁸ Artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947): «A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

(...)

i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los periodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización, a reserva de que dichas restricciones no tengan como consecuencia aumentar las exportaciones de esa industria nacional o reforzar la protección concedida a la misma y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación».

⁹ Artículo 110 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), antiguo artículo 90 del TCE: «Ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares. Asimismo, ningún Estado miembro gravará los productos de los demás Estados miembros con tributos internos que puedan proteger indirectamente otras producciones».

¹⁰ Por ejemplo, el apartado 3 del artículo 16 de la Directiva 2003/96/CE establece el principal límite para estos beneficios fiscales al decir que «La exención o reducción del impuesto aplicada por los Estados miembros se modulará en función de la evolución de la cotización de las materias primas, para que dichas reducciones no conduzcan a una sobrecompensación de los costes adicionales derivados de la producción de los productos mencionados».

¹¹ Directiva 2003/96/CE, del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (DOCE L 283 de 31.10.2003).

una combustión realizada a voluntad del usuario, y en la que se emitan sustancias contaminantes a la atmósfera. La electricidad hace una cierta función de «transporte» de la energía que ya ha sido generada por una determinada fuente (solar, eólica, térmica, nuclear) hasta el lugar donde vaya a ser consumida, generando una utilidad para los consumidores. En este sentido, no tendría justificación gravar su uso por un impuesto medioambiental más que con el argumento teórico de pretender gravar la actividad contaminante que (en su caso) fue necesario acometer para producir esa electricidad.

Planteadas así la cuestión, el consumo de electricidad parece una aproximación demasiado imprecisa al daño medioambiental generado para producir dicha electricidad, dada la imposibilidad de determinar, en el momento del consumo, cuál ha sido el daño al medio ambiente realmente causado (en su producción se mezclan fuentes muy contaminantes, como el carbón, con otras muy limpias como, por ejemplo, la hidráulica). No quiere esto decir que carezca de sentido gravar la electricidad, puesto que la moderación en su consumo es un objetivo de política económica absolutamente legítimo y conveniente, que tendrá beneficios en los ámbitos de la autonomía energética, del uso racional de los recursos agrícolas e indirectamente, por supuesto, también en la protección del medio ambiente.

A continuación iremos analizando la forma en que la Comisión Europea va dando respuesta a los interrogantes planteados en la primera parte de este trabajo, mediante un análisis de la ya mencionada Propuesta de Directiva.

8.2. Separación de la fiscalidad de la energía en dos componentes

A pesar de la gran complejidad de los impuestos sobre la energía, la realidad económica es que casi la totalidad de la recaudación procedente de estos impuestos proviene de dos productos empleados en la automoción: la gasolina y el gasóleo.

Históricamente, los niveles mínimos de imposición, que constituyen uno de los elementos básicos de la armonización de los impuestos energéticos en la UE, han estado expresados en «euros por 1.000 litros» o «euros por tonelada» de producto. Solo de modo marginal, en términos de importancia recaudatoria, se empleaban también las unidades «euros por gigajulio» para el gravamen del gas natural, «euros por megavatio» en el Impuesto sobre la Electricidad, desde su entrada en vigor en 1998 y, a partir de 2006, en el nuevo Impuesto Especial sobre el Carbón ¹².

Tradicionalmente, el gasóleo venía siendo el carburante empleado en las actividades «productivas»: «industriales» o «comerciales» y, solo por este motivo, se beneficiaba de una menor tributación. Esta forma de beneficiar estas actividades fue posible durante muchos años debido a que, efectivamente, el gasóleo normalmente no era utilizado en igualdad de condiciones que las gasolinas para fines privados, debido a que los motores de gasóleo eran más ruidosos, provocaban más vibra-

¹² El uso de estas unidades en el gravamen específico de estos productos (gas natural y electricidad) ha resultado muy marginal, al menos en España. Esto se pone de relieve de un modo muy gráfico: el 99,8 por 100 de la recaudación del Impuesto sobre Hidrocarburos proviene de la gasolina y el gasóleo. Y los únicos productos a los que se refiere la Propuesta gravados por otros impuestos distintos del Impuesto sobre Hidrocarburos son los sometidos al Impuesto Especial sobre el Carbón, cuya recaudación es prácticamente nula y la electricidad, cuyo gravamen descansa, salvo para casos muy residuales, en la base imponible del IVA (unidades monetarias).

ciones y eran menos eficientes. Este tradicional esquema de incentivación de determinados sectores mediante este impuesto merecería ser revisado en el momento actual por diversas razones:

- a) En primer lugar, y probablemente debido a esta ventaja fiscal en muchos países (no en todos ellos, dado que en determinadas partes del mundo, como los EE UU o el Reino Unido la tributación de estos dos productos ha venido siendo igual ¹³), las empresas fabricantes de automóviles han ido mejorando la tecnología de los motores diesel hasta situarla al menos en un plano de igualdad con respecto a la de los motores de gasolina. Prueba elocuente de ello es la situación del mercado en España en que, tras muchos años de intenso aumento, desde el año 2006, la matriculación de turismos diesel, se ha situado en torno al un 70 por 100 del total ¹⁴.
- b) En segundo lugar, la evolución de las tecnologías informáticas y de las comunicaciones ha hecho posible que se instrumenten eficaces sistemas de diferenciación en la fiscalidad de un mismo producto en función del usuario final. La diferente tributación del gasóleo de automoción ha recibido la popular denominación de «gasóleo profesional».
- c) Al mismo tiempo, los argumentos medioambiental y energético parecen oponerse al mantenimiento de la inferior tributación del gasóleo respecto a la gasolina:
 - i) En cuanto a los argumentos medioambientales, la posibilidad de utilizar los impuestos energéticos como instrumentos de política medioambiental choca en diversos aspectos con la configuración de los impuestos energéticos, cuya base imponible se expresa en unidades de volumen. Efectivamente, se da un caso muy claro, por ejemplo, con el bioetanol. Se trata de un biocarburante cuyas emisiones de CO₂ se vienen considerando iguales a cero, sin perjuicio de que esta posición no sea pacífica, como veremos más adelante. Y sin embargo, con un impuesto como el vigente (y a falta de una disposición específica, como la que ahora existe en España hasta 2013), cuya base imponible se exprese en litros, tributará igual que la gasolina a la que se incorpora para formar el producto final. En otras palabras, a igualdad de emisiones de CO₂, la tributación del bioetanol es mucho mayor que la de la gasolina sin plomo.
 - ii) En cuanto a los argumentos energéticos, de acuerdo con los cuales los productos energéticos deberían tributar en función de su capacidad energética, expresada por ejemplo en gigajulios, nos encontramos con la misma situación. En el ejemplo anterior, del bioetanol, su capacidad energética es menor que la de la gasolina sin plomo con la que se mezcla. En consecuencia, con el impuesto actual (con su base imponible expresada en litros), su tributación a igualdad de contenido energético, también es mayor que la de la gasolina sin plomo.

De modo consecuente con estos argumentos, la idea más destacada que defiende la Comisión Europea para el futuro de la imposición energética, en su Propuesta de Directiva, es la creación de dos componentes en la fiscalidad sobre la energía: el medioambiental (o sobre el CO₂) y el energético. Mediante este cambio, que puede calificarse del principal de toda la Propuesta, la Comisión dice «fomentar la eficiencia energética y los productos más respetuosos con el medio ambiente».

¹³ Andrés LEAL, Julio LÓPEZ-LABORDA y Fernando RODRIGO. *Prices, taxes and automotive fuel cross-border shopping*.

¹⁴ ANFAC. *Memoria Anual 2009*, pág. 58.

De estos dos criterios, el que se considera de forma más «pura» o «absoluta» en la Propuesta es el impuesto CO₂. La Comisión propone gravar la tonelada de CO₂ emitida a un mínimo de 20 euros cualquiera que sea el producto cuya combustión provoque estas emisiones, y limitando todo lo posible las exenciones aplicables para «dar una señal sobre el precio del CO₂ coherente y amplia fuera del Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión».

Esta idea general de preponderancia del argumento medioambiental o, en otras palabras, del componente CO₂, se concreta en distintas disposiciones:

- El tipo mínimo generalizado y único de 20 euros/tonelada de CO₂ emitida, ya mencionado.
- Se grava por este impuesto CO₂ el consumo de productos energéticos que, por motivos conceptuales (por no ser empleados como combustibles o carburantes, o por emplearse en un «uso dual», como en la electrólisis, reducción química, etc.), quedan ahora excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Debe señalarse, no obstante, que la mayor parte de los sectores que se encuentran en esta situación están sometidos al RCDE comunitario y, como se explica en el epígrafe 8.7 siguiente, resulta aplicable una exención obligatoria del impuesto CO₂ para los productos energéticos empleados en los mismos. En conclusión, se trata de un gravamen nuevo para estos sectores pero que, en la práctica, solo se aplicará cuando, por un motivo u otro, una instalación perteneciente a alguno de estos sectores quedara excluida del RCDE comunitario.
- Se elimina para este impuesto CO₂ la obligación de aplicar la exención para los productos usados para producir electricidad [art. 14.1 a) y 14.3].
- Se elimina la posibilidad de aplicar exenciones para proyectos piloto para el desarrollo de productos menos contaminantes, para la producción combinada de electricidad y calor y para transporte por ferrocarril [art. 15.1 a) a e)], y para los productos empleados en la agricultura (art. 15.3).
- Sin perjuicio de lo anterior, por la propia naturaleza de este componente y para asegurar la coherencia (o el no solapamiento) con el RCDE (véase apartado 8.7), se incluyen dos excepciones adicionales: los productos usados en instalaciones sometidas y no excluidas del RCDE [art. 14.1 d), en conexión con art. 2.4] y los sectores sometidos a un «riesgo de fuga de carbono» [art. 14 bis] (véase apartado 8.8).

Por el contrario, el impuesto energético admite más excepciones:

- Se establecen dos niveles mínimos diferentes: uno para los carburantes de automoción (9,6 €/Gj una vez finalizados los periodos transitorios, en 2018) y otro para los restantes usos (0,15 €/Gj).
- Numerosas de las exenciones facultativas [letras a) a e) y g) del art. 15] solo se aplican al impuesto energético.
- Lo mismo ocurre con las exenciones para empresas de consumo intensivo de energía (art. 17.1).
- Los tipos impositivos diferenciados que permite aprobar el artículo 5 se limitan también al impuesto energético.

Como reflexión crítica cabría citar el argumento, defendido por muchos, según el cual la estructura interna de los impuestos sobre la energía no parece que vaya a tener efecto alguno en la moderación del consumo en el que se pretende influir. En efecto, la teoría económica sobre la que descansa todo impuesto pigouviano ¹⁵ atiende al precio de un bien como determinante de la cantidad que se demanda del mismo en un mercado. En otras palabras, lo importante es el incremento del precio de un producto que puede provocarse mediante un impuesto, y no la estructura de su base imponible o su denominación.

Parece que esta nueva estructura solo pretende hacer posible desgajar el componente medioambiental de las complejas argumentaciones que pudieran justificar un incremento de impuestos. De este modo, cuando se concluyera, en negociaciones internacionales sobre cambio climático como las ya habidas bajo el paraguas institucional de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC), que el cambio climático exige una acción decidida por los estados, la maquinaria para llevar a cabo esa acción decidida sería mucho más sencilla. Simplemente se trataría de incrementar los impuestos sobre el CO₂ de un modo relativamente automático y desvinculado de las muchas otras variables e intereses que suelen tenerse en cuenta cuando se considera una variación en la fiscalidad de la energía.

Se da, de este modo, un papel central, y podría decirse que más importante que el fiscal, al elemento medioambiental de la fiscalidad energética.

8.3. Equivalencias y familias

Uno de los elementos que, posiblemente, más restrinja la libertad de los Estados miembros para fijar libremente sus tipos impositivos es la norma (art. 4.3) que establece que cuando la Directiva establezca iguales niveles mínimos de imposición en relación con una «familia» de productos, los tipos nacionales deben ser también iguales (denominaremos a esto «equivalencias»). Denominaremos «familias» a los productos que estén destinados a un uso determinado (a efectos prácticos, las familias vienen a ser dos: carburantes de automoción o combustibles de calefacción).

Esta nueva norma imposibilitaría, por ejemplo, incrementos de tipos iguales en valor absoluto por unidad de volumen para el gasóleo de automoción y para las gasolinas. Los incrementos de los tipos aplicables a esos dos productos, cuando sean utilizados como carburantes de automoción, deben ser iguales atendiendo a los dos nuevos criterios (emisiones de CO₂ y capacidad energética). Esto obligaría, por ejemplo, a que los incrementos fueran superiores en unidades de volumen (€/litro) para el gasóleo que para la gasolina. Además, por aplicación de esta norma, resultaría preciso incrementar los tipos impositivos aplicables a todos los carburantes de automoción (de la misma familia) cada vez que se pretendiera incrementar uno de ellos. Por poner un ejemplo, los tipos aplicables a otros carburantes de automoción, como la gasolina sin plomo, el queroseno, el gas natural o el gas licuado del petróleo (GLP) deberían incrementarse al mismo tiempo que se incrementara el del gasóleo.

¹⁵ Como afirma Miguel BUÑUEL GONZÁLEZ en el libro *Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas* (2004), pág. 43, «la solución general a los problemas medioambientales (o, en general, a las de los efectos externos o externalidades) fue sugerida en fecha temprana por Pigou (1920). De la obra de este autor se deriva que mediante los impuestos y las subvenciones se pueden interiorizar las externalidades, es decir, aquellos efectos sobre terceros que no son tenidos en cuenta por el mercado».

Una norma como la comentada tiene una lógica «energética y medioambiental» indiscutible, si bien al adoptar decisiones sobre fiscalidad de los productos energéticos, quizás haya consideraciones de otra naturaleza que sea conveniente no ignorar. Efectivamente, hay razones históricas y sociales que pesan mucho más que esta «lógica energético-ambiental» y que han motivado, por ejemplo, que el carbón, a pesar de que su combustión sea muy contaminante, haya estado siempre exento de toda tributación energética específica en numerosos países, entre ellos España.

Por último, resulta muy destacable el periodo transitorio contenido en el mismo artículo 4.3, en el que se establece que la igualación de tipos entre el gasóleo y la gasolina (y los demás productos de una misma familia) no deberá producirse hasta 2023, sin perjuicio de que deban cumplirse los nuevos mínimos en las fechas previstas (1 de enero de los años 2013, 2015 y 2018).

8.4. Eliminación del gasóleo profesional

En el ámbito de la UE, la Directiva de fiscalidad de la energía estableció a partir de su entrada en vigor la posibilidad de que, de modo generalizado ¹⁶, los Estados miembros establecieran diferencias entre el uso profesional y no profesional del gasóleo utilizado como carburante de automoción, sometiéndola a dos únicos requisitos: que beneficiara solo a los grandes vehículos que habitualmente son los que realizan transporte de personas y mercancías entre varios países y que se respetaran determinados niveles mínimos de imposición.

En virtud de esta habilitación, varios Estados miembros de la UE, entre ellos España, han instrumentado este sistema. En el caso español, el sistema está basado en un registro de los vehículos y de los beneficiarios por parte de la Administración tributaria, así como en un control pormenorizado de todas las adquisiciones de gasóleo realizadas, que se lleva a cabo mediante tarjetas que permiten almacenar la información relativa a cada avituallamiento (identificación del beneficiario, del suministrador, de la fecha y hora del avituallamiento y del número de litros). Posteriormente, con periodicidad trimestral, la Administración tributaria transfiere a una cuenta bancaria del beneficiario una cantidad que es igual a la diferencia entre el tipo impositivo realmente soportado en la adquisición y el tipo impositivo reducido, multiplicada por el número de litros adquiridos.

Lo que se ha descrito en los puntos anteriores (expresión de los tipos impositivos en las nuevas unidades e igualación de los tipos entre productos de una misma familia), que ya hace muy significativa la modificación de la situación vigente en la mayor parte de los Estados miembros de la UE, se ve intensificada debido a que este gasóleo profesional (regulado en su art. 7) queda suprimido. El argumento usado por la Comisión Europea para proponer esta abolición es que parece que ya no sería compatible con el requisito de mejorar la eficiencia energética y la necesidad de hacer frente al creciente impacto medioambiental del transporte (pág. 8 de la Propuesta).

En la línea de proponer cambios atendiendo casi exclusivamente a criterios de protección del medio ambiente, una vez más la Comisión Europea propone un cambio que afecta muy negativa-

¹⁶ Hasta esa fecha algunos Estados miembros habían ya instrumentado mecanismos similares en sus territorios, pero requirieron autorización específica del Consejo de la UE, por tratarse de una situación no prevista en la Directiva sobre fiscalidad de la energía vigente hasta ese momento.

mente a un sector muy afectado por la crisis económica y con dificultades que se declaran insalvables para repercutir el mayor coste en el precio de sus servicios de transporte.

Es una reivindicación que no cabe dejar de lado dado que, si esta afirmación relativa a la imposibilidad de repercutir a los consumidores el mayor coste impositivo fuera efectivamente así, el impuesto sobre la energía y el CO₂ no podría cumplir adecuadamente su objetivo que consiste, precisamente, en gravar, en última instancia, al consumidor de los productos para cuya fabricación y transporte se hubiera provocado una contaminación.

8.5. Agricultura

La Propuesta acaba con la posibilidad recogida en la Directiva 2003/96/CE de aplicar incondicionadamente un tipo cero a los productos energéticos y la electricidad empleados en la agricultura y actividades asimiladas (art. 15.3).

En su Propuesta, la Comisión se decanta por someter ahora los beneficios fiscales a favor de esos sectores a determinadas condiciones:

En cuanto al componente energético, los Estados miembros podrán reducirlo a cero cuando los productos energéticos se empleen en estos sectores, solo a condición de que se alcance un acuerdo entre el beneficiario y la Administración tributaria en el que el primero consiga «aumentos de la eficiencia energética aproximadamente equivalentes a los que se habrían obtenido si se hubiesen aplicado los tipos mínimos de la Unión».

Y en cuanto al componente CO₂, como ya se ha expuesto, la única forma de no aplicarlo sería que se considerase que este sector tiene riesgo de fuga de carbono. Los sectores que se encuentran en esta situación, de riesgo de fuga de carbono, aparecen listados en una Decisión de la Comisión dictada en aplicación del artículo 10 bis, apartado 13, de la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad ¹⁷. En estos momentos, la agricultura no se encuentra entre esos sectores, y no parece verosímil que tal situación se vaya a modificar en el corto plazo, a pesar de que la Comisión afirme que está «preparando actualmente un informe en el que se estudia el riesgo de fuga de carbono en el sector» (pág. 7 de la Propuesta). Además, aunque en un futuro pudiera entrar dentro de esta categoría, la forma de llevarlo a cabo sería mediante una devolución cuya regulación es muy compleja (véase epígrafe 8.8) y que no queda todo lo clara que sería deseable en el texto propuesto (art. 14 bis de la Propuesta).

Nos encontramos aquí con un nuevo ejemplo de «lógica energético-ambiental» que se opone radicalmente a los argumentos, más de política social y territorial que de ninguna otra índole, que han prevalecido históricamente por su gran peso, y que han consolidado un trato fiscal especial para este sector.

¹⁷ Decisión de la Comisión, de 27 de abril de 2011, por la que se determinan las normas transitorias de la Unión para la armonización de la asignación gratuita de derechos de emisión con arreglo al artículo 10 bis de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

8.6. Incremento automático de mínimos

El nuevo artículo 4.4 establece que los tipos mínimos para el impuesto energético «se adaptarán cada tres años a partir del 1 de julio de 2016 a fin de incorporar los cambios en el índice armonizado de precios de consumo que excluye la energía y los alimentos no transformados». A tal efecto, se publicará dicho índice en el DOUE.

En relación con el impuesto CO₂, la intención de la Comisión es que tenga un importe parecido a las del precio de mercado de la tonelada de CO₂ en los mercados de derechos de emisión, pero su adaptación no se haría de modo automático, sino tras la presentación de una propuesta general de revisión por la Comisión cada cinco años, y por primera vez para finales de 2015, y tendrá entre otros objetivos evitar que se produzcan grandes diferencias entre ambos (art. 29).

Recordemos que una característica común a la mayor parte de los impuestos sobre consumos específicos es que los incrementos en los índices de precios provocan una pérdida de valor real de los mismos. Esto se debe a que las bases imponibles suelen estar expresadas en unidades físicas, como litros de carburante o de alcohol, o número de cigarrillos, por ejemplo. Esta pérdida de valor real podría evitarse estableciendo cláusulas de actualización automática de los tipos de acuerdo con la evolución de algún índice de precios (el que se considere más relevante según el producto de que se trate). Sin embargo, algunos países han venido considerando esta actualización automática desaconsejable por ser inflacionista en sí misma o por considerar políticamente irrenunciable la «libertad» de los Estados para incrementar los tipos impositivos solo cuando se considere oportuno. Todo ello se ha traducido, en general, en una constante pérdida de valor real de estos tipos impositivos.

Bien es cierto que esa soberanía de un Estado para fijar sus tipos impositivos no está reñida con el hecho, absolutamente lógico en economía, de la variación en el valor real de los tipos impositivos como consecuencia de la inflación y con que una posible decisión sería indexar los tipos en función de, por ejemplo, el Índice de Precios al Consumo, decisión que podría ser enmendada con pocas dificultades más que las que comporta una subida de tipos impositivos.

8.7. Coherencia con el régimen de comercio de derechos de emisión

La Propuesta trata de establecer una señal de precio para el CO₂ tanto en los sectores sometidos al RCDE comunitario como a los que no están sometidos al mismo, en este último caso mediante impuestos sobre el CO₂, pero evitando solapamientos entre ambos.

La vía empleada para evitar este solapamiento y que, al mismo tiempo, evita lagunas, es la de gravar todos los productos usados para actividades sometidas al RCDE (art. 2.4) pero después eximirlos, obligatoriamente, del impuesto CO₂ [art. 14.1 d)] en la medida en que hubieran estado efectivamente sometidos al RCDE comunitario (así se evita, por ejemplo, la laguna que se produciría si no, dado que algunas instalaciones de sectores, en principio, sometidos al RCDE, debido a su pequeño tamaño, pueden quedar excluidas del RCDE).

8.8. Competitividad: tratamiento especial de los sectores con riesgo de fuga de carbono

La Propuesta impone a los Estados miembros, en su artículo 14 bis, la obligación de devolver el componente CO₂ a las instalaciones que se encuentren en una lista (contenida en una Decisión de la Comisión) de «sectores con riesgo de fuga de carbono»¹⁸.

Estos sectores son los que verdaderamente están sometidos a una gran competencia internacional que podría provocar que, si se establecieran impuestos que gravaran su producción, trasladaran sus plantas de producción a terceros países donde no existan regulaciones medioambientales tan estrictas, provocando, globalmente, mayores emisiones de CO₂ que las que existirían en ausencia del impuesto.

Parece evidente que esta situación debería evitarse por todos los medios: cuando se produce este fenómeno de «deslocalización» de las industrias contaminantes se está prácticamente garantizando una producción y consumo menos eficientes, que es precisamente lo que se pretende evitar por el sistema.

Debe destacarse la notable complejidad técnica de esta «desgravación a la imposición relacionada con el CO₂» recogida en el mencionado artículo 14 bis de la Propuesta. Esta complejidad parece obedecer a la intención que la Comisión dice tener de ajustar el tratamiento de los sectores afectados a las normas aplicables a los sectores industriales, es decir, a la compleja normativa sobre asignación gratuita de derechos de emisión en el RCDE comunitario.

El objetivo de este sistema es el de mantener un incentivo para la mejora de la eficiencia energética y la reducción de emisiones y, al mismo tiempo, preservar la competitividad de las industrias afectadas. Consiste en calcular un «crédito impositivo» a partir de dos valores: a) unas emisiones «históricas» para cada industria y b) un valor «ideal» de emisiones por unidad de energía (que coincide con el del gas natural, que se considera una suerte de «mejor tecnología disponible»). El crédito impositivo será el resultado de multiplicar ambos valores: se podría definir como las emisiones que habría producido esa instalación históricamente, si lo que ha producido lo hubiera producido con el combustible más eficiente medioambientalmente.

El «impuesto debido» será el resultado de multiplicar la energía consumida realmente en el periodo, multiplicada por las emisiones por unidad del producto energético realmente empleado.

Finalmente, la «cuota diferencial», o cantidad a ingresar, será el resultado de restar el crédito impositivo del impuesto debido.

Con este sistema se persigue mantener el incentivo fiscal para: a) consumir poca energía en un proceso productivo (cuanto menor energía se consuma menor será el impuesto debido) y b) consumir el producto energético que provoque menores emisiones de CO₂.

¹⁸ Artículo 14 bis de la Propuesta, por referencia al artículo 10 bis, apartado 13, de la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, que establece el procedimiento según el cual la Comisión, mediante Decisión, define estos sectores.

8.9. Biocarburantes

La Comisión Europea propone un cambio fundamental en la forma de instrumentar el beneficio fiscal a favor de los biocarburantes.

Actualmente, las ventajas fiscales para los biocarburantes aparecen reguladas en el artículo 16 de la vigente Directiva 2003/96/CE. Estas ventajas fiscales se configuran como facultativas, de modo que unos Estados miembros pueden decidir adoptarlas y otros no, con los problemas que esto conlleva, asociados al control de ayudas de estado por la Comisión. En ausencia de estos beneficios fiscales, la norma general es que se gravarán con el mismo tipo impositivo (expresado en euros por 1.000 litros) que fuera aplicable al carburante de automoción equivalente. Este tratamiento fiscal representa una desventaja clara para los biocarburantes dado que, en general, y como se ha repetido más arriba, a igualdad de volumen, son menores la capacidad energética y las emisiones de CO₂ de los biocarburantes respecto a los carburantes convencionales a los que sustituyen. En consecuencia, una fiscalidad igual expresada en unidades de volumen constituye una fiscalidad superior atendiendo a los criterios de emisiones y energía.

En la Propuesta, el objetivo buscado por la Comisión es el de acabar de raíz con todo posible problema asociado al control de ayudas de estado por la vía de que les sea de aplicación «la misma fiscalidad» que a todos los demás productos. Cada tonelada de CO₂ emitido por un biocarburante tributará al mismo tipo impositivo que la emitida por el carburante convencional, e igual ocurrirá con cada gigajulio de capacidad energética. En consecuencia, los biocarburantes obtienen un beneficio fiscal claro respecto a la situación actual.

Ahora bien, debe matizarse esta conclusión en el sentido de que este beneficio fiscal queda restringido a los denominados «biocarburantes de segunda generación», que se definen por referencia a la normativa específica de fomento de su producción¹⁹, en la que se establecen los criterios en función de los cuales se considera sostenible un biocarburante.

En los casos en que no se cumplan estos criterios, los factores de emisión a emplear serán los del carburante convencional que resulte equivalente (última frase del art. 1.2, 2.º párrafo, de la Propuesta). En otras palabras, se desincentiva la producción de estos últimos biocarburantes «de primera generación» por los motivos explicados más arriba.

Por último, se mantiene temporalmente la vigencia de los beneficios fiscales otorgados para estos productos al amparo de este artículo 16 (que continuarán sometidos al control de ayudas de estado). Su vigencia está limitada a un periodo máximo de 11 años tras la entrada en vigor de la Directiva.

¹⁹ Directiva 2009/28/CE, artículo 17.

EL RESTABLECIMIENTO DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

CARLOS JAVIER LACORTE SENTENACH

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

RECIENTEMENTE –en el BOE de 17 de septiembre de 2011– se ha publicado el Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal.

La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, estableció una bonificación del 100 por 100 en el Impuesto sobre el Patrimonio que supuso la eliminación en la práctica del mismo en los ejercicios 2008, 2009 y 2010.

En principio la reimplantación del Impuesto sobre el Patrimonio es temporal –exclusivamente para los ejercicios 2011 y 2012– y viene motivada por la necesidad de asegurar la estabilidad de nuestra economía y favorecer la recuperación y el empleo lo que aconseja la adopción de nuevas medidas tributarias que refuercen los ingresos públicos.

El presente trabajo se centrará en algunos aspectos del Impuesto sobre el Patrimonio que tradicionalmente han representado mayor dificultad interpretativa pretendiendo mediante la formulación de diversos ejemplos repasar las incidencias que plantean.

Se concluye con un caso práctico de carácter general que sigue en su resolución el modelo de autoliquidación establecido para el ejercicio 2007 que fue el último en que se declaró por este impuesto.

Palabras clave: patrimonio, exenciones, actividades económicas, participaciones en entidades, límite de cuotas de renta y patrimonio.

RE-ESTABLISHMENT OF THE NET WORTH TAX

CARLOS JAVIER LACORTE SENTENACH

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

RECENTLY, –in the BOE of the 17th September 2011– has been published the Royal Decree-Law 13/2011, September the 16th, which resets temporally the net worth tax.

The Law 4/2008 of 23rd December established a 100% bonus in the net worth tax that led to the elimination in practice of this tax in the years 2008, 2009 and 2010.

Initially, the reintroduction of the net worth tax is temporary –exclusively for the years 2011 and 2012– and it is motivated by the need to ensure the stability of our economy and encourage the recovery and the employment, which needs the adoption of new tax measures to strengthen public revenues.

This paper will focus on some aspects of the net worth tax which have traditionally represented the most interpretative difficulty, pretending to review, through the formulation of various examples, the incidents that appear.

It concludes with a general case of study of the tax which is followed by its filling in the self-settling model that was established for the year 2007, the last year when this tax was stated.

Keywords: heritage, exemptions, economic activities, participation in entities, limit in quota of the personal income tax and the net worth tax.

Sumario

1. El restablecimiento del Impuesto sobre el Patrimonio.
2. Cuestiones de interés que se plantean con ocasión del próximo devengo del Impuesto sobre el Patrimonio el 31 de diciembre de 2011.
 - 1.^a La presunción de mantenimiento de patrimonio.
 - 2.^a La exención de bienes afectos a actividades económicas y participación en entidades.
 - 3.^a El límite conjunto de cuotas de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Patrimonio.
3. Caso práctico general del Impuesto sobre el Patrimonio año 2011.

1. EL RESTABLECIMIENTO DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

La Ley 4/2008, de 23 de diciembre, estableció una bonificación del 100 por 100 en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) lo que implicó la eliminación en la práctica de este impuesto para los devengos que se produjeron a partir del 31 de diciembre de 2008. Ello supuso que la última autoliquidación por el IP se produjera en relación con el devengo del 31 de diciembre de 2007 en junio de 2008.

El Real Decreto-Ley 13/2011, de 16 de septiembre, restablece el IP con carácter temporal, en principio, para los devengos de 31 de diciembre de 2011 y 31 de diciembre de 2012 (declaraciones que deberán presentarse en junio de los años 2012 y 2013, respectivamente) eliminando la bonificación del 100 por 100 establecida por la Ley 4/2008.

Las novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 13/2011 respecto a la normativa del IP vigente en relación con la última declaración presentada (la correspondiente al ejercicio 2007) son:

- Se eleva el mínimo exento –que en la normativa estatal aplicable a aquellas comunidades autónomas que no hubieran establecido otro diferente estaba fijado en 108.182,18 €, hasta los 700.000 euros.
- Este mínimo exento se aplicará también a los contribuyentes por obligación real de contribuir, lo que no ocurría con la normativa aplicable en 2007.
- La exención parcial por la vivienda habitual se eleva de los 150.253,03 euros anteriores a 300.000 euros.
- Se reintroduce la obligación de presentar autoliquidación por el IP cuando la cuota resulte positiva o, cuando aun no resultando cuota a pagar, el valor de los bienes o derechos resulte superior a 2.000.000 de euros (antes el límite eran 601.012,10 €). También como novedad, este límite se aplicará a los sujetos pasivos por obligación real de contribuir (antes debía presentar declaración cualquiera que fuera el valor de su patrimonio neto).
- Se restablece la obligación para los no residentes que operen en España por medio de establecimiento permanente, o cuando así lo requiera la Administración tributaria –por la cuantía o las características de su patrimonio– el nombramiento de un representante que debe residir en España.
- En todo caso, el depositario o gestor de los bienes o derechos de los no residentes responderá solidariamente del ingreso de la deuda tributaria correspondiente a este impuesto por

los bienes o derechos depositados o cuya gestión tenga encomendada, en los términos establecidos en el artículo 42 de la Ley General Tributaria.

Dado el carácter del IP –tributo cedido a las comunidades autónomas según las condiciones establecidas por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre–, y con amplias competencias normativas sobre el mismo en lo que se refiere a su exacción en sus respectivos territorios, en concreto –para establecer el mínimo exento, los tipos de gravamen y las deducciones y bonificaciones de la cuota–, hay que estar pendiente de la normativa específica de cada comunidad autónoma sobre este impuesto.

Las comunidades autónomas que hubieran hecho uso de dichas facultades normativas podrían adaptar su regulación a lo establecido en la normativa del Estado –o establecer otra normativa más favorable–, antes del primer devengo del restablecido impuesto, el 31 de diciembre de 2011, ya que en el caso de que no lo hagan, regirá para los contribuyentes con residencia habitual en dichas comunidades autónomas su propia normativa que ha podido quedar desfasada en especial en lo relacionado con el mínimo exento y la exención parcial por vivienda habitual.

Repasemos brevemente la situación de cada comunidad autónoma referida al momento de la reimplantación del IP por el Real Decreto-Ley 13/2011:

Las comunidades autónomas de Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha, La Rioja y Murcia no han hecho uso de su competencia normativa en el IP introduciendo alguna modificación respecto a la normativa estatal en el IP por lo que regirá esta última en sus respectivos territorios, salvo que establecieran alguna regulación autónoma antes del 31 de diciembre de 2011.

Andalucía tiene establecido un mínimo exento específico de 250.000 euros para sujetos pasivos con discapacidad igual o superior al 33 por 100. (Recientemente ha actualizado ya su normativa mediante el Decreto-Ley 2/2011, de 25 de octubre –BOJA de 31 de octubre–, elevando ese mínimo exento específico a 700.000 € –coincidente con el nuevo mínimo general– y aprobando también una nueva escala de tipos de gravamen con un incremento del 10%).

Baleares tiene establecido un mínimo exento con carácter general de 120.000 euros y otros específicos en caso de minusvalía. Además tiene su propia escala de gravamen.

Canarias: mínimo exento general de 120.000 euros y uno específico de 400.000 euros para el caso de contribuyentes con minusvalía igual o superior al 65 por 100.

Cantabria: mínimo exento general de 150.000 euros y específicos en caso de minusvalía. Además tiene escala de gravamen propia.

Castilla y León: tiene la declaración de exención para los bienes y derechos que forman parte del patrimonio protegido de las personas discapacitadas.

Cataluña: el mínimo exento general está fijado en 108.200 euros, hay un mínimo exento específico por discapacidad igual o superior al 65 por 100 de 216.400 euros y una bonificación en la cuota del 99 por 100 para los patrimonios especialmente protegidos de los discapacitados.

Extremadura: existen desde el 1 de enero de 2006 unos mínimos exentos específicos para el caso de minusvalía: 120.000 euros para discapacitados en grado igual o superior al 33 por 100 e inferior al 50 por 100, 150.000 euros para discapacidad igual o superior al 50 por 100 e inferior al 65 por 100 y 180.000 euros para discapacidad igual o superior al 65 por 100.

Galicia: mínimo exento general de 108.200 euros y específico de 216.400 euros en caso de minusvalía igual o superior al 65 por 100.

La Comunidad Valenciana tiene bonificaciones en la cuota aplicables a no residentes a determinadas fechas que hubieran adquirido la residencia en la comunidad autónoma con ocasión de la celebración de la Copa América de Vela (por lo demás se aplicará la nueva normativa estatal).

Madrid: tiene establecida una bonificación del 100 por 100 de la cuota positiva.

Navarra y las diputaciones forales vascas tienen su propia normativa por el IP: en concreto Navarra tenía una bonificación del 100 por 100 como la del Estado, parece que es intención del Gobierno de Navarra la reimplantación del IP en su territorio según ha señalado con ocasión de la presentación del anteproyecto de presupuesto para el 2012 –con los mismos parámetros que la normativa estatal–. En cambio las normas forales del País Vasco reguladoras del IP están derogadas.

Podemos comprobar que la disparidad normativa es muy importante entre comunidades autónomas, pudiendo salir perjudicados, por ejemplo, los residentes en aquellas que tengan un mínimo exento inferior al ahora establecido por el Estado, y que si no legislan, prevalecerá sobre el fijado por este, o bien beneficiados –los residentes en Madrid que seguirán con la bonificación del 100% porque la misma se fijó también por su normativa autónoma–.

El ejemplo de mayor distorsión normativa se produce con la comunidad autónoma de Madrid: por un lado según su normativa autónoma no se paga porque seguiría vigente la bonificación del 100 por 100 de la cuota positiva para los residentes en su territorio, pero con la reimplantación del impuesto a nivel estatal, estarán obligados a presentar autoliquidación en el caso de contribuyentes con patrimonio superior a los 2.000.000 de euros.

2. CUESTIONES DE INTERÉS QUE SE PLANTEAN CON OCASIÓN DEL PRÓXIMO DEVENGO DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2011

1.^a La presunción de mantenimiento de patrimonio

El párrafo 2.º del artículo 3 de la Ley del IP establece la presunción de que forman parte del patrimonio los bienes y derechos que hubieran pertenecido al sujeto pasivo en el momento del anterior devengo, salvo prueba de transmisión o pérdida patrimonial.

Hay que tener presente que, aunque la última autoliquidación efectuada por el IP corresponde al impuesto devengado el 31 de diciembre de 2007, el IP también se devengó el 31 de diciembre de los años 2008, 2009 y 2010 lo que sucede es que no existió obligación de presentar autoliquidación por la existencia de la bonificación del 100 por 100 establecida por la Ley 4/2008. Por esta circunstancia, deberá considerarse el patrimonio teórico que existiera a 31 de diciembre de 2010 para tener en cuenta, en su caso, la posible aplicación de la presunción *iuris tantum* establecida en la citada norma. (La última autoliquidación presentada por el IP –correspondiente a 2007– prescribirá el último día del plazo para presentar la autoliquidación correspondiente a 2011: en junio de 2012).

2.^a La exención de bienes afectos a actividades económicas y participación en entidades

Una de las cuestiones más complejas y de amplia aplicación a los contribuyentes por el IP es la exención por bienes afectos a actividades económicas y participaciones en entidades regulada en el artículo 4.Octavo apartados uno y dos de la Ley del IP. Esta exención ha sufrido múltiples modificaciones desde su implantación con efectos en 1994 por la Ley 22/1993. La complejidad del apartado Octavo hizo necesario un desarrollo reglamentario –en la actualidad el RD 1704/1999, de 5 de noviembre–, si bien tampoco está adaptado a la última redacción del artículo 4.Octavo de la Ley del IP que se estableció por la Ley 35/2006 aplicable en 2007.

El número Uno de este apartado Octavo regula la exención de lo que tradicionalmente se ha venido denominando «los útiles de trabajo»:

Se declaran exentos los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que esta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta (que al menos el 50% de la base imponible del IRPF provenga de los rendimientos netos de las actividades económicas de que se trate).

El número Dos del apartado Octavo regula la exención por participaciones en entidades:

Están exentas la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren las condiciones siguientes:

- a) Que la entidad sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
- b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.
- c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

La aplicación de la exención se complica cuando se dé la posibilidad de disfrutarla por ambos números, por la actividad económica y por participación en entidades ya que están interrelacionadas. El orden a seguir para su aplicación sería:

- 1.º Determinar para la participación en entidades si se dan los requisitos de actividad económica (que no se trate de una entidad que gestione meramente un patrimonio mobiliario o inmobiliario) y del porcentaje de participación.
- 2.º Si se cumplen los requisitos anteriores de las participaciones, hay que ponderar la posible exención de la actividad económica individual, sin considerar como base imponible –como uno de los términos de la comparación– las rentas que por cualquier concepto se perciban de aquellas entidades en las que el contribuyente participa con posibilidad de que resulten exentas.
- 3.º Una vez determinada la procedencia de la exención por la actividad económica individual, se retomará el tema de la participación en entidades, midiendo si se cumple el requisito del nivel de renta sin considerar en este cálculo las rentas procedentes de la actividad económica cuyos bienes estén exentos.

Veamos esta cuestión con el desarrollo de unos ejemplos prácticos:

EJEMPLO 1:

Don XX es sujeto pasivo por el IP, arquitecto de profesión, tiene un bien inmueble de su propiedad destinado a esta actividad como despacho profesional, con un valor de 250.000 euros de acuerdo con el artículo 10 de la Ley del IP.

Además es socio de una entidad que no cotiza en Bolsa, correspondiéndole una participación del 50 por 100 en el capital, dicha entidad realiza actividad económica (de carácter comercial) sin que gestione patrimonio mobiliario o inmobiliario, tiene un activo cuyo valor neto contable se cifra en 2.500.000 euros en el que está incluido un bien inmueble, chalé de la playa de uso particular de la familia de don XX, cuyo valor neto contable es de 500.000 euros, y que –dada su utilización– no puede considerarse que está afecto a la actividad económica que desarrolla la citada entidad. El pasivo exigible, según la contabilidad ajustada al Código de Comercio, es de 600.000 euros, tratándose de deudas derivadas de la actividad económica.

El valor de la participación de don XX en la entidad, según el artículo 16.Uno de la Ley del IP se eleva a 950.000 euros.

De su declaración por IRPF se desprenden los siguientes datos en relación con los rendimientos netos declarados:

.../...

.../...

RENDIMIENTOS NETOS DEL TRABAJO	75.000
• Procedente de sueldo como director general de la entidad	40.000
• Procedente de sueldo como arquitecto del ayuntamiento	<u>35.000</u>
RENDIMIENTOS NETOS DE CAPITAL INMOBILIARIO	20.000
RENDIMIENTOS NETOS DEL CAPITAL MOBILIARIO	30.000
• Procedentes de dividendos de la entidad participada	10.000
• Procedentes de dividendos de otras sociedades	<u>20.000</u>
RENDIMIENTOS NETOS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL	85.000
TOTAL BASE IMPONIBLE (general + ahorro)	<u>210.000</u>

Solución:

1.º El total del importe agregado a considerar excluyendo los 50.000 euros que percibe de la entidad (40.000 como sueldo y 10.000 como dividendos) es de:

$$BI (210.000) - \text{parte excluida} (50.000) = 160.000$$

Como 85.000 (el rendimiento neto de la actividad profesional) es superior al 50 por 100 de 160.000, el bien afecto a la actividad profesional (inmueble valorado en 250.000 €) estará exento del IP.

2.º De la entidad recibe 40.000 euros en su calidad de director general de la misma. Este importe debe compararse con la magnitud que representa el resto de rendimientos de trabajo, empresariales y profesionales pero excluyendo de los rendimientos profesionales los que procedan de actividad en la que se haya determinado que procede la exención por los bienes afectos a la misma:

• Sueldo como arquitecto municipal	35.000
• Sueldo como director general de la entidad	<u>40.000</u>
	75.000

Como 40.000 es superior al 50 por 100 de 75.000, tiene derecho a la exención por las participaciones de la entidad.

3.º Determinación del importe de la exención de las participaciones:

El valor de su participación en la entidad es de 950.000 euros, ahora bien, la exención no alcanza al valor total de las participaciones del sujeto pasivo, sino solo en la medida

.../...

.../...

en que los activos de la entidad sean necesarios para el ejercicio de la actividad económica de acuerdo con la siguiente proporción:

$$\text{Valor de la participación} \times \frac{\text{PN afecto (activos afectos - deudas de la actividad)}}{\text{PN total}}$$

$$\% \text{ de exoneración} = \frac{(2.500.000 - 500.000) - 600.000}{2.500.000 - 600.000} \times 100 = 73,68\%$$

Importe de la participación exenta: 73,68% sobre 950.000 = 699.960

El contribuyente deberá consignar en su autoliquidación por el IP el valor total de su participación (950.000 €) pero solo va a resultar efectivamente gravada por 250.040 euros ya que el resto, 699.960 euros, está exento.

EJEMPLO 2:

Don XX tiene participaciones sociales en las entidades «AA», «BB» y «CC», de las que es administrador y además figura como trabajador por cuenta ajena en la entidad «AA».

En relación con las participaciones en las entidades citadas, se dan los requisitos que exige la Ley del IP para que resulten exentas tanto en relación con la actividad de las entidades, como en relación con el porcentaje de participación de don XX en el capital y también en relación con el ejercicio efectivo de funciones de dirección en las mismas.

Queda pendiente de determinar si se cumple también el requisito del nivel de renta, es decir, si percibe de las mismas una remuneración por el ejercicio de las funciones de dirección que supere el 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos brutos de trabajo, empresariales y profesionales.

Las remuneraciones han sido:

RENDIMIENTOS DE TRABAJO	82.500
• Procedente de la entidad «AA» por cuenta ajena	7.500
• Como funcionario del estado	20.000
• Como administrador de «BB»	40.000
• Como administrador de «CC»	15.000

.../...

.../...

RENDIMIENTOS DE CAPITAL INMOBILIARIO	10.000
RENDIMIENTOS DE CAPITAL MOBILIARIO	35.000
• Dividendos de «AA»	10.000
• Dividendos de «CC»	20.000
• Dividendos de otras entidades	5.000
RENDIMIENTOS DE ACTIVIDAD PROFESIONAL	45.000

Determinar el derecho a la exención de los bienes afectos a la actividad profesional y de las participaciones en las entidades «AA», «BB» y «CC».

Solución:

1.º El primer paso sería la comprobación de que en las entidades en las que participa el señor XX se dan los requisitos de actividad y del porcentaje de participación: por hipótesis de partida se dan en el caso presente.

2.º Comprobar si tiene derecho a la exención del valor de los bienes afectos a su actividad profesional:

Hay que comparar si el rendimiento neto de la actividad profesional al menos representa el 50 por 100 de la base imponible del IRPF, pero sin incluir a estos efectos en esta magnitud a comparar las rentas que por cualquier concepto se perciban de las entidades en las que participe el sujeto pasivo y exista la posibilidad de que disfruten de exención:

Rendimiento de la actividad profesional	45.000
---	--------

Magnitud:

• Trabajo como funcionario	20.000
• Capital inmobiliario	10.000
• Capital mobiliario (otras entidades)	5.000
• Actividad profesional	45.000
	80.000

Como 45.000 es superior al 50 por 100 de 80.000 tiene derecho a exención por bienes afectos a la actividad profesional.

.../...

.../...

3.º Comprobar el requisito del nivel de renta para la exención de las participaciones en las entidades:

Para determinar el derecho a la exención deben separarse las retribuciones percibidas de cada entidad:

- De la entidad «AA» no percibe ninguna retribución por el concepto de su actividad directiva por lo que a pesar de ser el administrador de la entidad y habiendo desarrollado funciones directivas no es posible aplicar la exención, salvo que cumpliera este requisito algún otro miembro del grupo familiar.
- De la entidad «BB» percibe 40.000 euros como rendimiento de trabajo por el concepto de administrador de la entidad. Este importe se compara con el resto de rendimientos de trabajo, empresariales y profesionales –no con rendimientos de capital o ganancias patrimoniales–, pero hay que excluir los rendimientos derivados de las funciones de dirección en las otras entidades y los rendimientos profesionales, pues ya se ha determinado que hay exención para los bienes afectos a dicha actividad:

– Rendimientos trabajo cuenta ajena en «AA»	7.500
– Rendimientos de trabajo funcionario	20.000
– Rendimientos como administrador de «BB»	40.000
(no se excluye el rendimiento como administrador de la propia entidad)	
	67.500

Como 40.000 es superior al 50 por 100 de 67.500, tiene derecho a la exención por las participaciones en «BB».

- De la entidad «CC» percibe 15.000 euros como rendimiento de trabajo por el concepto de administrador de la entidad. Comparando este importe con:

– Rendimientos trabajo cuenta ajena en «AA»	7.500
– Rendimientos de trabajo funcionario	20.000
– Rendimientos como administrador de «CC»	15.000
(no se excluye el rendimiento como administrador de la propia entidad)	
	42.500

Como 15.000 es inferior al 50 por 100 de 42.500, no tiene derecho a la exención por las participaciones en «CC».

EJEMPLO 3:

El mismo enunciado que el anterior pero con la siguiente modificación de datos:

- Rendimientos de trabajo como funcionario del Estado 30.000
- Rendimientos de capital inmobiliario 20.000

Solución:

En el punto 2.º de comprobación del derecho a la exención de bienes afectos a la actividad económica, la comparativa sería:

Rendimiento de la actividad profesional 45.000

Magnitud:

Trabajo como funcionario	30.000
Capital inmobiliario	20.000
Capital mobiliario (otras entidades)	5.000
Actividad profesional	45.000
	<u>100.000</u>

Como 45.000 es inferior al 50 por 100 de 100.000, no tiene derecho a exención por bienes afectos a la actividad profesional.

En relación con la participación en entidades:

- Respecto a la entidad «AA» vale lo dicho en el ejercicio anterior.
- Respecto a «BB» hay que modificar la comparativa porque ahora no podemos excluir los rendimientos de la actividad profesional, ya que hemos determinado que no hay exención para los bienes afectos a dicha actividad:

– Rendimientos trabajo cuenta ajena en «AA»	7.500
– Rendimientos de trabajo funcionario	30.000
– Rendimientos como administrador de «BB»	40.000
(no se excluye el rendimiento como administrador de la propia entidad)	
– Rendimientos actividad profesional	45.000
	<u>122.500</u>

.../...

.../...

Como 40.000 es inferior al 50 por 100 de 122.500, no tiene derecho a la exención por las participaciones en «BB».

- Respecto a «CC» la comparativa sería:

– Rendimientos trabajo cuenta ajena en «AA»	7.500
– Rendimientos de trabajo funcionario	30.000
– Rendimientos como administrador de «CC»	15.000
(no se excluye el rendimiento como administrador de la propia entidad)	
– Rendimientos actividad profesional	45.000
	97.500

Como 15.000 es inferior al 50 por 100 de 97.500, no tiene derecho a la exención por las participaciones en «CC».

Vemos la interrelación de ambas exenciones: en el ejemplo planteado, la no exención de los bienes afectos a actividad económica arrastra a que las participaciones en «BB» –que en el caso anterior estaban exentas– pasen en este a no estarlo.

3.^a El límite conjunto de cuotas de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Patrimonio

Otra de las cuestiones que más interés suscita es la del límite conjunto de las cuotas de IRPF e IP que se regula en el artículo 31 de la Ley del IP.

Este artículo, según la redacción dada por la Ley 35/2006 y con efectos para el impuesto devengado en 2007, señala que la cuota íntegra del IP, conjuntamente con las cuotas –estatal y autonómica– del IRPF, no podrá exceder, para los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir, del 60 por 100 de la suma de las bases imponibles –general y del ahorro– del IRPF.

Para el cálculo de la base imponible del ahorro en el IRPF y de las cuotas íntegras estatal y autonómica derivadas del ahorro, a estos efectos, el citado artículo establece:

- No se tendrá en cuenta la parte de la base imponible del ahorro derivada de ganancias y pérdidas patrimoniales que corresponda al saldo positivo de las obtenidas por las transmisiones de elementos patrimoniales adquiridos con más de un año de antelación a la fecha

de transmisión, ni la parte de la cuota íntegra del IRPF –estatal y autonómica– correspondiente a dicha parte de la base imponible del ahorro.

- Se sumará a la base imponible del ahorro el importe de los dividendos y participaciones en beneficios a los que se refiere la disposición transitoria 22.^a letra a) apartado 6 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (régimen transitorio de los beneficios obtenidos en ejercicios en los que haya sido de aplicación el régimen especial de las sociedades patrimoniales).

Para el cálculo de la cuota íntegra del IP, a estos efectos, se establece también una precisión:

No se tendrá en cuenta la parte del IP que corresponda a elementos patrimoniales que por su naturaleza o destino no sean susceptibles de producir rendimientos gravados por el IRPF. (Por ejemplo: en relación con la naturaleza de los bienes: pieles de carácter suntuario, joyas, obras de arte, colecciones, vehículos no afectos a actividades económicas. En relación con su destino coyuntural: solares, fincas rústicas improductivas).

No obstante esta limitación, existe una imposición mínima en el IP que se cifra en el 20 por 100 de la cuota íntegra del mismo. Ello se deduce de la regulación de la reducción del límite de cuotas que no puede exceder del 80 por 100 [art. 31.Uno c) de la Ley del IP].

Veamos unos ejemplos sobre este punto:

EJEMPLO 4:

Un contribuyente con declaración individual por el IRPF ha determinado una base imponible general de 84.000 euros y una cuota íntegra conjunta (estatal y autonómica) de 23.000 euros. No tiene base imponible del ahorro.

A su vez por el IP determina una base imponible de 5.500.000 euros, lo que le supone una cuota íntegra de 72.500 euros. Forman parte de dicho patrimonio neto, elementos patrimoniales improductivos que vienen a suponer el 20 por 100 de la base imponible.

Establecer el límite de la cuota del IP.

Solución:

Cuota íntegra del IRPF	23.000
Parte de la cuota íntegra del IP susceptible de limitación (80% s/ 72.500)	58.000
SUMA DE CUOTAS	81.000
Límite conjunto de cuotas (60% BI IRPF: 60% s/ 84.000)	50.400
EXCESO	30.600

.../...

.../...

80% de la cuota íntegra del IP (80% s/ 72.500	58.000
Cuota íntegra del IP	72.500
Reducción (la menor de ambas)	30.600
CUOTA ÍNTEGRA EFECTIVA DEL IP	41.900

El pago efectivo de cuotas es de 23.000 (IRPF) + 41.900 (IP) = 64.900

Este importe equivale al límite conjunto 50.400 + la parte de cuota íntegra del IP no sujeta a limitación 14.500 (20% s/ 72.500) = 64.900 (que equivale al 77,26% de la BI del IRPF).

EJEMPLO 5:

Un contribuyente con declaración individual por el IRPF ha determinado una base imponible general de 200.000 euros y una cuota íntegra conjunta (estatal y autonómica) de 70.000 euros. No tiene base imponible del ahorro.

A su vez por el IP determina una base imponible de 15.700.000 euros, lo que le supone una cuota íntegra de 291.000 euros. Forman parte de dicho patrimonio neto, elementos patrimoniales improductivos que vienen a suponer el 2 por 100 de la base imponible.

Establecer el límite de la cuota del IP.

Solución:

Cuota íntegra del IRPF	70.000
Parte de la cuota íntegra del IP susceptible de limitación (98% s/ 291.000)	285.180
SUMA DE CUOTAS	355.180
Límite conjunto de cuotas (60% BI IRPF: 60% s/ 200.000)	120.000
EXCESO	235.180
80% de la cuota íntegra del IP (80% s/ 291.000)	232.800
Cuota íntegra del IP	291.000
Reducción (la menor de ambas)	232.800
CUOTA ÍNTEGRA EFECTIVA DEL IP (es el límite del 20%)	58.200

.../...

.../...

El pago efectivo de cuotas es de 70.000 (IRPF) + 58.200 (IP) = 128.200 (que equivale al 64,10% de la BI del IRPF).

3. CASO PRÁCTICO GENERAL DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO AÑO 2011

ENUNCIADO

Don Salvador S., nacido el año 1944 y casado en 1967 en régimen económico-matrimonial de gananciales, realiza el siguiente inventario de bienes, derechos y deudas a 31 de diciembre de 2011 a efectos de la elaboración de la declaración por el IP correspondiente al ejercicio de 2011:

1. Bienes inmuebles de naturaleza urbana

- Vivienda habitual, que comparte con su esposa: valor de adquisición según escritura de compraventa de 30 de junio de 2006: 1.200.000 euros. Valor catastral: 400.000 euros. Capital pendiente de amortización del crédito hipotecario formalizado para la adquisición de la vivienda: 400.000 euros.
- Chalé heredado de su padre, declarado en la escritura de testamentaria en 300.000 euros, valor catastral: 75.000 euros; valor comprobado por la Administración a efectos del Impuesto sobre Sucesiones: 450.000 euros.
- Le corresponde la nuda propiedad de una vivienda, recibida también en la herencia de su padre, siendo usufructuaria vitalicia la madre de don Salvador S., que tiene una edad de 95 años. Valor catastral de la vivienda: 250.000 euros.
- Solar de 1.700 m², en el municipio de Castejón de Sos (Huesca) localidad en la que nació, en él se está construyendo una casa unifamiliar, el valor de la construcción en curso es de 200.000 euros, importe que ya ha pagado en 2010 y 2011 y el valor catastral del solar es de 75.000 euros. Está previsto que el constructor le entregue la obra ya terminada en agosto de 2012, en que pagará 200.000 euros.
- Local comercial alquilado por 5.000 euros anuales. El contrato de alquiler es de enero de 1985. El valor catastral del local es de 150.000 euros.

2. Bienes inmuebles de naturaleza rústica

- Finca dedicada a la caza que le reporta unos ingresos de 50.000 euros por alquiler de puestos para el abatimiento de piezas. Valor catastral asignado: 200.000 euros. En la escritura de adquisición de 1968 figura un precio de 10.000.000 de pesetas. En la declaración del Impuesto extraordinario sobre el Patrimonio de 1978 la declaró según valor de mercado a 31 de diciembre de dicho año por 50.000.000 de pesetas. El valor de mercado a 31 de diciembre de 2011 se estima en 3.000.000 de euros.
- Finca rústica arrendada a terceros. El importe del alquiler anual es de 20.000 euros. El valor catastral de la finca es de 50.000 euros.

3. Bienes afectos a actividades empresariales

Don Salvador, que se ha jubilado en octubre de 2011, cumplidos los 67 años, y percibe pensión de jubilación desde el 1 de noviembre de 2011, es propietario de un negocio de fabricación, venta al mayor y comercio al por menor de muebles. La empresa la había recibido en la herencia de su padre, lleva la contabilidad ajustada al Código de Comercio, arrojando el balance de situación a 31 de diciembre de 2011 una valoración del patrimonio neto de 10.000.000 de euros. Dentro del inmovilizado figura contabilizado un bien inmueble por valor de 2.000.000 de euros y una amortización acumulada de 1.300.000 euros. Dicho edificio, que fue adquirido hace 20 años por 332.772.000 pesetas, tiene fijado un valor catastral actual de 1.200.000 euros.

En el ejercicio de 2011 ha percibido unos rendimientos netos por esta actividad empresarial de 200.000 euros que no suponen más del 50 por 100 de su base imponible del IRPF del citado año.

A 31 de diciembre de 2011 está pendiente de formalizar un contrato de compraventa del negocio a una multinacional del sector del mueble que le ha ofrecido 12.000.000 de euros. Las negociaciones prácticamente están ultimadas a falta de formalización de la escritura.

4. Cuentas en entidades financieras

Don Salvador es cotitular junto con su esposa, de las siguientes cuentas:

- C/c. en BS: saldo a 31 de diciembre de 2011: 38.000 euros. Saldo medio 4.º trimestre: 36.500 euros.
- L/ah. en BBVA: saldo a 31 de diciembre de 2011: 27.000 euros. Saldo medio 4.º trimestre: 40.000 euros.
- C/cto. en BBVA: límite disponible 1.000.000 de euros. Dispuesto a 31 de diciembre de 2011: 800.000 euros.

- IPF en BBVA: importe 1.200.000 (imposición anual renovable. Vto. 1 de febrero de 2012).
- IPF en BS: importe 1.000.000 (ha vencido el 29 de diciembre de 2011). Don Salvador y su esposa han retirado dicho importe en efectivo. No consta el uso dado al mismo.

5. Valores negociados en mercados organizados

Don Salvador es cotitular junto con su esposa, de los siguientes valores:

- Obligaciones del Estado: n.º de títulos: 10.000. Valor nominal de la inversión: 1.000.000 de euros. Cotización media del 4.º trimestre: 102 por 100. Cotización a 31 de diciembre de 2011: 103 por 100.
- 100.000 acciones del BS: cotización media del 4.º trimestre: 5,50 euros/acción. Cotización a 31 de diciembre de 2011: 5,80 euros/acción.

6. Valores no negociados en mercados organizados

- Don Salvador es cotitular junto con su esposa de la siguiente participación en una sociedad limitada sin negociación en mercados organizados, en la que no desarrollan ninguna actividad directiva.

Poseen el 25 por 100 del capital de la sociedad limitada. El valor teórico de la sociedad según el último balance aprobado asciende a 900.000 euros. Dicho balance no ha sido auditado. El valor nominal de las participaciones poseídas asciende a 50.000 euros y los resultados empresariales de los tres últimos ejercicios cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto han sido:

2010: – 50.000; 2009: 175.000; 2008: 250.000

- Participaciones en SICAV: 100.000 participaciones adquiridas constante matrimonio. El valor liquidativo a 31 de diciembre de 2011 comunicado por la entidad es de 54,20 euros por participación.

7. Seguros de vida

- Don Salvador formalizó, constante matrimonio, en el año 1980, una póliza de seguro de vida mixta con la Unión y el Fénix Español por la que se garantizaba en caso de fallecimiento o invalidez absoluta determinados capitales y otro capital distinto en caso de sobrevivencia.

La vigencia del contrato –por el que satisface primas anuales– concluye el día en que se jubile don Salvador siempre que no se jubile antes de cumplir los 65 años. Caso de que decidiera jubilarse anticipadamente, el contrato finalizaría a la fecha de cumplir los 65.

Condiciones del seguro:

- Última prima anual satisfecha: 5.550 euros (pagada el 10 de enero de 2011).
- Capital asegurado en caso de sobrevivencia: 300.000 euros.
- Valor de rescate en 2011: 200.000 euros.
- Don Salvador y su esposa figuran como contratantes y asegurados en una póliza de seguro de vida de la que es beneficiario el único hijo del matrimonio. El señalamiento del beneficiario a la hora de formalizar la póliza, en 2005, se hizo con carácter irrevocable. Se aportan primas anuales crecientes un 10 por 100 en progresión aritmética respecto a la primera prima que fue de 250.000 euros. La compañía de seguros le garantiza un interés técnico mínimo del 6 por 100 mientras esté vigente la póliza. No tiene asignado valor de rescate por su condición de irrevocabilidad.

8. Joyas y pieles de carácter suntuario, vehículos, embarcaciones y aeronaves

- La esposa de don Salvador tiene una colección de joyas heredada de su madre valoradas por un experto gemólogo en 800.000 euros. También tiene un anillo de diamantes que le regaló don Salvador con ocasión de la petición de mano valorado por el gemólogo en 50.000 euros.
- La esposa de don Salvador tiene un abrigo de martas del Canadá que le regaló su marido con ocasión de las bodas de plata. Está valorado en 25.000 euros.
- El matrimonio es propietario de los siguientes vehículos:
 - Mercedes 350E 4matic adquirido en diciembre de 2011 por 71.000 euros.
 - BMW 450 I adquirido en 2006 por 65.000 euros. Valor según tablas aprobadas a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales para 2011: 35.000 euros.
 - Audi A3 adquirido en 2009 por 45.000 euros. Valor según tablas: 35.000 euros.
 - Motocicleta HONDA de 500 cc adquirida en 2009 por 11.000 euros. Valor según tablas: 5.000 euros.

NOTAS PARA LA LIQUIDACIÓN DEL IP:

En relación con el IRPF de 2011:

Presenta declaración individual por el IRPF de 2011 con los datos siguientes:

Base imponible general: 450.000 euros (que incluyen, entre otros, los 200.000 € de rendimiento neto de la actividad empresarial de fabricación de muebles).

Base imponible del ahorro: 250.000 que corresponden a ganancias patrimoniales generadas en más de un año por la venta de participaciones de la SICAV.

Total base imponible: 700.000 euros.

Cuota íntegra (estatal y autonómica) derivada de la base imponible general	177.500
Cuota íntegra (estatal y autonómica) derivada de la base imponible del ahorro	52.500
Total cuota íntegra del IRPF	230.000

En relación con el propio IP:

Computa como bienes improductivos no susceptibles de producir rendimientos en IRPF:

- La vivienda originaria del padre de don Salvador –que declara como nudo propietario– y de la que es usufructuaria vitalicia su madre.
- Solar con edificación en construcción en Castejón de Sos (Huesca).
- Las joyas, pieles y vehículos.

SOLUCIÓN

1. Bienes inmuebles de naturaleza urbana

(NOTA: Según el art. 10.Uno de la Ley del IP los bienes inmuebles de naturaleza urbana o rústica se computarán por el mayor valor de los tres siguientes: el valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de adquisición).

Vivienda habitual:

A don Salvador S. le corresponde el 50 por 100 al ser su régimen matrimonial el de gananciales.

Prevalece el precio de adquisición que es mayor que el valor catastral asignado a la vivienda.

• Valor	600.000
• Importe exento	300.000
• VALOR NO EXENTO	300.000

(a computar en el apartado de la declaración de bienes inmuebles de naturaleza urbana)

En cuanto a la deuda hipotecaria que financia la adquisición de la vivienda y al ser la exención de la vivienda parcial, será deducible la parte proporcional de la deuda de la hipoteca (art. 25.Tres de la Ley del IP):

Valor de la vivienda	Capital pendiente de la deuda
----------------------	-------------------------------

600.000	—————	200.000
---------	-------	---------

Valor no exento	X
-----------------	---

300.000	—————	X = 100.000
---------	-------	-------------

(a computar en el apartado de la declaración de deudas deducibles)

Chalé heredado

Prevalece el valor comprobado por la Administración tributaria en el Impuesto sobre Sucesiones (**450.000 €**). (Art. 10.Uno).

Vivienda en nuda propiedad

La madre de don Salvador es la usufructuaria y tiene 95 años. Según el artículo 10.2 a) del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD el usufructo se valorará por el mínimo: el 10 por 100 y, por tanto, a la nuda propiedad le corresponderá el 90 por 100 sobre el valor total de la vivienda.

90% s/ 250.000 (valor catastral) = **225.000**

Casa unifamiliar en construcción

Cuando se trata de un bien inmueble en construcción se computará el valor del solar, valorado de acuerdo con la regla general, incrementado en el importe de las cantidades efectivamente invertidas en la construcción hasta la fecha de devengo del impuesto [art. 10.Dos]:

Valor prevalente del solar (valor catastral)	75.000
--	--------

Cantidades invertidas hasta el 31 de diciembre de 2011 ...	200.000
--	---------

VALOR DEL INMUEBLE EN CONSTRUCCIÓN	275.000
--	----------------

Local alquilado

La Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos introdujo un supuesto de régimen transitorio, cuando se trate de viviendas o locales de negocio arrendados cuyos contratos de arrendamiento

fuera anteriores al 9 de mayo de 1985 (fecha de la entrada en vigor del RDL Boyer –RDL 2/1985, de 30 de abril–). En estos casos el valor del inmueble arrendado se determinará por capitalización al 4 por 100 de la renta devengada, siempre que el resultado sea inferior al que resultaría de la aplicación de las reglas de valoración de bienes inmuebles establecidas en la Ley del IP.

Capitalización de la renta anual:

$$\frac{5.000 \times 100}{4} = 125.000$$

Al ser el valor capitalizado –125.000– inferior al valor que prevalecería según la valoración de inmuebles (valor catastral = 150.000) el valor será de **125.000**.

Total bienes inmuebles de naturaleza urbana: 1.375.000 (Casilla 01)

2. Bienes inmuebles de naturaleza rústica

Finca rústica dedicada al aprovechamiento cinegético

El valor actualizado a 31 de diciembre de 1978 de 50.000.000 de pesetas no tiene virtualidad alguna a efectos del IP, también es irrelevante el valor de mercado de 3.000.000 de euros a la fecha de devengo del impuesto (31 de diciembre de 2011), por tanto al tener asignado un valor catastral de 200.000 euros prevalece sobre el precio de adquisición de la finca fijado en la escritura de adquisición de 1968 que es inferior. Precio de adquisición: 10.000.000 de pesetas: 60.010,12 euros.

El 50 por 100 del valor corresponde a don Salvador: **100.000 euros**.

Finca rústica alquilada

El importe que se percibe anualmente por alquiler es irrelevante. Debe valorarse por el valor catastral: 50.000 euros. Le corresponde el 50 por 100: **25.000 euros**.

Total bienes inmuebles de naturaleza rústica: 125.000 euros (Casilla 02)

3. Bienes y derechos no exentos afectos a actividades empresariales y profesionales

En primer lugar, deberíamos estudiar la posibilidad de que se tratara de bienes afectos a actividad empresarial exentos por el artículo 4.º Ocho.Uno, ya que parece que la actividad se ha ejercido de forma habitual, personal y directa por don Salvador pero, según el enunciado del supuesto, ha percibido unos rendimientos netos de la misma que representan menos del 50 por 100 de la base imponible del IRPF.

En el caso de que los rendimientos representaran al menos el 50 por 100 de la base imponible del IRPF, nos encontraríamos con otro inconveniente y es que don Salvador se ha jubilado recientemente y que está percibiendo pensión de jubilación desde el 1 de noviembre de 2011. Es decir, es pensionista a la fecha de devengo del IP el 31 de diciembre de 2011. En la medida en que está cobrando una pensión contributiva habría que entender que no es posible disfrutar de la exención en el IP. Así la Consulta de la DGT 1997/2001, de 12 de noviembre, dice que, según el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, el disfrute de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista.

Según dicha consulta, el Tribunal Supremo distingue, en relación con los trabajadores autónomos, entre funciones inherentes a la titularidad del negocio de aquellas otras actividades que supongan la llevanza personal del negocio, siendo estas últimas actuaciones las que son incompatibles con la pensión de jubilación.

En el mismo sentido, las Consultas vinculantes V077/2004, de 10 de septiembre, y V0751/2005, de 5 de mayo.

No obstante, la reiterada doctrina administrativa que establecía la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la exención por bienes afectos a actividades económicas en el IP, el Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de marzo y 10 de junio de 2009 establece que la percepción de la pensión de jubilación no impide el derecho a la exención en el IP y a la reducción en el Impuesto sobre Sucesiones. En concreto, el Tribunal Supremo indica que no se puede rechazar de plano la aplicación de los beneficios fiscales previstos para la empresa familiar por el mero hecho de recibir una pensión al no existir una vinculación entre la exigencia del ejercicio de una actividad de forma habitual, personal y directa en el ámbito laboral y fiscal, y que si concurren los requisitos legales para el disfrute del beneficio tributario, ello será suficiente para su reconocimiento, constituyendo la percepción de la pensión una cuestión jurídica ajena a la normativa tributaria, y puede ser que lo indebido sea la pensión, no la exención.

Una vez determinada la no aplicación de la exención, por la hipótesis del enunciado del supuesto, el valor a computar por el negocio en el IP será el que establezca la contabilidad llevada conforme a las disposiciones del Código de Comercio, si bien una vez sustituido el valor neto contable del inmueble por el valor que resulta de aplicación de la regla de valoración de inmuebles del artículo 10:

Valor del negocio (patrimonio neto)	10.000.000
Valor neto contable del inmueble	– 700.000
Valor (precio de coste)	2.000.000
– Amortización acumulada	1.300.000
Valor de adquisición (prevalece sobre el valor catastral)	+ 2.000.000
VALOR DEL NEGOCIO	11.300.000

(NOTA: No tiene ninguna relevancia para la resolución del ejercicio el hecho de que estén muy adelantadas las negociaciones para la venta del negocio a una multinacional. Lo cierto es que a la fecha de devengo del IP el negocio pertenece a don Salvador.)

Total bienes y derechos no exentos afectos a actividad empresarial: 11.300.000 (Casilla 03)

4. Depósitos en c/c o de ah., a la vista o a plazo, cuentas financieras y otros tipos de imposiciones en cuenta (art. 12)

(NOTA: Según el art. 12 de la Ley del IP se computarán por el saldo que arrojen en la fecha del devengo del impuesto, salvo que aquel resultase inferior al saldo medio correspondiente al último trimestre del año, en cuyo caso se aplicará este último.)

• C/c en BS: prevalece el saldo a 31 de diciembre (1/2 del saldo)	19.000
• L/Ah. en BBVA: prevalece el saldo medio 4.º trimestre (1/2 saldo)	20.000
• IPF en BBVA (1/2 de la imposición)	600.000
	639.000

En relación con la cuenta de crédito en el BBVA se declarará en el apartado de «Deudas deducibles» por 1/2 del saldo dispuesto a 31 de diciembre de 2011: 400.000.

Respecto al millón de euros procedente de la cancelación en efectivo de la IPF del BS efectuada el 29 de diciembre de 2011 se presumirá la existencia de dicho efectivo en poder del matrimonio a 31 de diciembre de 2011 y don Salvador deberá declarar 500.000 euros en el apartado de «Demás bienes y derechos de contenido económico» en concepto de «efectivo».

Total depósitos en entidades financieras: 639.000 (Casilla 05)

5. Valores negociados en mercados organizados

• Obligaciones del Estado (10.000 × 100 × 1,02)	1.020.000
(art. 13 valor de negociación media del 4.º trimestre)	

1/2 de don Salvador: **510.000 (Casilla 06)**

(NOTA: Según el art. 13 de la Ley del IP los valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios, negociados en mercados organizados, se computarán según su valor de negociación media del cuarto trimestre de cada año, cualquiera que sea su denominación.)

• Accs. BS: 100.000 accs. × 5,50 €/acc.	550.000
(art. 15 valor de negociación media del 4.º trimestre)	

(**NOTA:** Según el art. 15 de la Ley del IP las acciones y participaciones en el capital social o fondos propios de cualesquiera entidades jurídicas negociadas en mercados organizados, salvo las correspondientes a instituciones de inversión colectiva, se computarán según su valor de negociación media del cuarto trimestre de cada año.)

1/2 de don Salvador: **275.000 (Casilla 09)**

6. Valores no negociados en mercados organizados

- Participaciones en la sociedad limitada (don Salvador declarará 1/2 la valoración). Se valorarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.Uno párrafo 2.º (balance no auditado) de la Ley del IP, por el mayor valor de los tres siguientes:

– El valor nominal	50.000
– El valor teórico	225.000
(participación del 25% s/ 900.000)	

- Capitalización al 20 por 100 del promedio de beneficios (no de las pérdidas) de los tres últimos ejercicios cerrados con anterioridad al devengo del IP:

$$\text{– Promedio de los beneficios: } \frac{250.000 + 175.000 + 0}{3 \text{ años}} = 425.000$$

$$\text{– Capitalización: } \frac{425.000 \times 100}{20} = 2.125.000$$

$$25\% (\text{su participación}) \text{ s/ } 2.125.000 = 531.250$$

Prevalece el valor resultante de la capitalización de beneficios: 531.250 euros

El 50 por 100 de don Salvador: **265.625 euros (Casilla 11)**

- Participaciones en SICAV (art. 16.Dos). Valor liquidativo comunicado por la sociedad de inversión:

$$100.000 \text{ participaciones} \times 54,20 \text{ €/part.} = 5.420.000 \text{ €}$$

El 50 por 100 de don Salvador: **2.710.000 euros (Casilla 10)**

7. Seguros de vida

(**NOTA:** Según el art. 17.Uno de la Ley del IP los seguros de vida se computarán por su valor de rescate en el momento de devengo del impuesto.)

- El seguro ha vencido en octubre de 2011 al darse una de las condiciones de la póliza: supervivencia de don Salvador que se jubila superados los 65 años. El día de la jubilación nace el derecho a percibir el capital asegurado por dicho acaecimiento. El importe a cobrar es de 300.000 euros –le corresponde 1/2 a don Salvador–. A la fecha de devengo del impuesto no existe posibilidad de ejercer el derecho de rescate, ya que la póliza está vencida al cumplirse uno de los eventos asegurados.

Este derecho de crédito frente a la compañía de seguros por **150.000 euros** se declarará en «Demás bienes y derechos de contenido económico» (**Casilla 22**).

- Las pólizas de seguro de vida, en las que se determina irrevocablemente al beneficiario, no otorgan posibilidad de rescate al contratante. Al no tener fijado valor de rescate no se declaran en el IP.

8. Joyas y pieles de carácter suntuario, vehículos

(NOTA: Según el art. 18 de la Ley del IP se declaran por su valor de mercado a la fecha del devengo del impuesto. Este artículo establece –en relación con la valoración de vehículos– que los sujetos pasivos podrán utilizar, para determinar el valor de mercado, las tablas de valoración de vehículos usados aprobadas por el Ministerio de Economía y Hacienda a efectos del ITP y AJD y del Impuesto sobre Sucesiones vigentes a la fecha de devengo del impuesto.)

- La colección de joyas heredadas por la esposa de don Salvador de su madre son privativas no correspondiendo declarar importe alguno al contribuyente.
- El anillo de diamantes de «pedida» es un regalo anterior al matrimonio y privativo de la esposa. El contribuyente no declarará nada.

• Abrigo de martas del Canadá (1/2 de don Salvador) 12.500

• Vehículos:

– Mercedes (antigüedad inferior a 1 año) (1/2 don Salvador) 35.500

– BMW (según tablas) (1/2 don Salvador) 17.500

– Audi (según tablas) (1/2 don Salvador) 17.500

– Moto (según tablas) (1/2 don Salvador) 2.500

Total joyas, pieles, vehículos (Casilla 16)..... 85.500

RESUMEN DEL PATRIMONIO NETO: BASE LIQUIDABLE

(NOTA: Entre paréntesis las casillas del modelo de autoliquidación del IP de 2007)

A. Bienes inmuebles de naturaleza urbana (01)	1.375.000
B. Bienes inmuebles de naturaleza rústica (02).....	125.000
C. Bienes y derechos no exentos afectos a actividades empresariales (03).....	11.300.000
E. Depósitos en c/c, c/ah., a la vista o a plazo (05)	639.000
F. Valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios	
F1. Deuda pública (06).....	510.000
G. Valores no exentos representativos de la participación en fondos propios	
G2. Acciones negociadas (09).....	275.000
G3. Participaciones en sociedades de inversión no negociadas (10)	2.710.000
G4. Participaciones no negociadas (11)	265.625
K. Vehículos, joyas, pieles (16)	85.500
Q. Demás bienes y derechos de contenido económico (efectivo –500.000– y cobro pendiente del seguro –150.000–) (22)	650.000
Total bienes y derechos no exentos	17.935.125
Total de deudas deducibles (24)	500.000
• Hipoteca vivienda	100.000
• Cta. crédito BBVA	400.000
Base imponible (25)	17.435.125
– REDUCCIÓN (art. 28.2) (26)	700.000
Base liquidable (27)	16.735.125
Cuota íntegra (29)	334.648,51

LÍMITE DE LA CUOTA ÍNTEGRA

Suma de las bases imponibles del IRPF (30).....	700.000
– Base imponible del ahorro que corresponde a ganancias patrimoniales generadas en más de 1 año (32)	250.000
Límite conjunto de cuotas del IP e IRPF (33)	450.000
Cuotas íntegras del IRPF (34).....	230.000
– Parte de la cuota íntegra del IRPF correspondientes a ganancias más de 1 año (35).....	52.500
Parte de la cuota íntegra del IP susceptible de limitación (36)	323.410,47
Bienes improductivos (véase nota al final del ejercicio)	
• Vivienda con usufructo vitalicio	225.000
• Solar Castejón de Sos	275.000
• Joyas, pieles, vehículos	85.500
• Total	585.500

Base imponible: 17.435.125 ————— Cuota íntegra: 334.648,51

(17.435.125 – 585.500) ————— X

$$X = 323.410,47$$

Suma de las cuotas a efectos del límite conjunto (37) 500.910,47
(34) – (35) + (36)

Reducción: igual a la menor de:

a) Exceso de la casilla (37) sobre la (33):

$$500.910,47 - 450.000 = 50.910,47 \text{ (38)}$$

b) 80% s/ casilla (29):

$$80\% \text{ s/ } 334.648,51 = 267.718,81 \text{ (39)}$$

Total cuota íntegra (29) – (38) = 334.648,51 – 50.910,47 = 283.738,04

Cuota a ingresar por IP: 283.738,04 euros

NOTA: El contribuyente ha ingresado por IRPF 230.000 y por IP 283.738,04. Total: 513.738,04 euros que sobre una base imponible del IRPF de 700.000 euros representa el 73,39 por 100.

Veamos el detalle de los 513.738,04 euros ingresados:

177.500	Corresponden a la cuota íntegra de la base imponible general del IRPF
283.738,04	Corresponden a la cuota íntegra del IP
<u>461.238,04</u>	

La diferencia entre 461.238,04 y el límite conjunto de cuotas del IP e IRPF (33) por 450.000 que son 11.238,04 es la parte de la cuota del IP que corresponde a los elementos computados en este impuesto no susceptibles de generar renta:

Cuota íntegra total del IP (29)	334.648,51
Cuota íntegra de posible limitación (36)	<u>323.410,47</u>
Cuota íntegra no limitada	11.238,04

El resto que se paga hasta el total es la cuota íntegra del IRPF que corresponde a la base imponible del ahorro (ganancias más de un año) (35) 52.500:

461.238,04	
<u>52.500,00</u>	
513.738,04	Total ingresado

En resumen, este total ingresado tiene tres componentes:

450.000,00	Que es el límite conjunto de cuotas de IRPF e IP a ingresar
11.238,04	Que es la parte de cuota íntegra del IP de elementos no susceptibles renta
<u>52.500,00</u>	Cuota íntegra del IRPF correspondiente a ganancias más de un año
513.738,04	

NOTA EN RELACIÓN CON LOS BIENES IMPRODUCTIVOS

A los efectos de determinar el límite conjunto de cuotas de IRPF e IP el artículo 31.Uno b) establece que no se tendrá en cuenta la parte del IP que corresponda a elementos patrimoniales que por su naturaleza o destino no sean susceptibles de producir los rendimientos gravados por la Ley del IRPF. [La Ley 35/2006 aplicable a partir del 1 de enero de 2007 no modifica el texto anterior establecido por la Ley 46/2002, meramente cambia la enumeración –antes era la letra a) del art. 31.1–].

La terminología utilizada por el legislador en este punto quedaba abierta a variada interpretación:

«... elementos patrimoniales que "por su **naturaleza o destino**", "**no sean susceptibles**" de producir rendimientos...».

En el caso práctico planteado podemos localizar algunos elementos patrimoniales a los que les podría afectar el precepto:

- El derecho de nuda propiedad sobre la vivienda que don Salvador ha heredado de su padre, pero del que su madre tiene usufructo vitalicio.
- El solar en Castejón de Sos donde el contribuyente está construyendo una casa unifamiliar.
- Las joyas, pieles y vehículos.
- El efectivo retirado de una entidad bancaria el 29 de diciembre de 2011.

Podemos citar en este tema la siguiente doctrina y jurisprudencia de interés:

Una Consulta de la DGT de 6 de junio de 1995 (NFC002290) que excluye para el cálculo del límite de cuotas a la parte de cuota del IP que corresponda a solares, documentos de préstamos entre personas físicas pero con pacto de no percepción de intereses y el dinero en efectivo depositado en caja fuerte.

En relación con el dinero indica que a este respecto conviene recordar que la posesión de dinero en una caja fuerte ha de ser demostrada por el contribuyente por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho como, por ejemplo, mediante acta notarial.

Respecto a la nuda propiedad sobre inmuebles, hay diversos pronunciamientos favorables a entender que deben ser incluidos en el límite del artículo 31 de la Ley del IP, en especial una Resolución de 12 de julio de 2007 del Tribunal Económico-Administrativo Central (NFJ028311) en base a que, en cualquier caso, dichos bienes generan rendimientos aunque los mismos se imputen al usufructuario y no al nudo propietario. También en el mismo sentido las Sentencias de 8 de febrero de 2008 (NFJ029498) y 21 de enero de 2010 (NFJ039054) ambas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

No obstante, es un pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo, que con ocasión de declarar que las obras de arte son bienes improductivos, el que analiza detalladamente los conceptos jurídicos indeterminados que utiliza el legislador en el artículo 31. Uno b) y que antes hemos entrecomillado, y para ello sigue la argumentación establecida por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Me refiero a **la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2011 (NFJ042412)** que en su fundamento de derecho quinto hace suya la argumentación del Tribunal de instancia cuando llega a la conclusión de que las obras de arte integradas en el patrimonio del recurrente han de ser

incluidas entre los bienes que en el artículo 31 se excluyen a los efectos del límite que se establece en el impuesto:

«Entendemos que por destino de los bienes hay que entender el que tengan estos dentro del patrimonio del sujeto pasivo, y no el que potencialmente corresponda a los mismos como pudiera dar a entender una interpretación literal del precepto apartado de su recto sentido y verdadera finalidad.

Porque si atendemos al destino potencial y no al actual del bien, todos los bienes salvo las *rex extra commercium* son susceptibles de producir rendimientos sujetos al IRPF, lo que haría ociosa la diferenciación en función del destino y a la vez de la naturaleza de los bienes.

Porque salvo los que están fuera del comercio de los hombres, todos los bienes son susceptibles per se, o sea, por su naturaleza, y por lo tanto con independencia de su destino al tráfico de producir rendimientos sujetos al IRPF.

Un bien es (acto) productivo en razón a su destino, pero es susceptible (potencia) de producir rendimiento en razón de su naturaleza.

Por todo lo cual entendemos que la alusión al destino es ociosa si no fuera para atender al destino concreto que el bien tenga en el patrimonio del sujeto pasivo, y no al que puede tener en razón a su naturaleza.»

Siguiendo esta argumentación del Tribunal Supremo, podríamos entender que un derecho de nuda propiedad que no aporta nada a su titular –en el caso se trata de una vivienda que disfruta la madre usufructuaria y don Salvador no genera ningún rendimiento adicional– no debería computar a efectos del límite.

Lo mismo podemos decir del solar con la vivienda unifamiliar en construcción, de las joyas, las pieles y los vehículos.

¿Y el dinero en efectivo retirado de la entidad financiera?

Existe presunción, salvo prueba en contrario que sigue en poder de su titular a la fecha de devengo del IP, pero nada nos dice el supuesto de si lo mantiene improductivo en una caja de seguridad o si está obteniendo alguna renta del mismo.

El ejercicio se ha resuelto optando por no excluirlo a efectos del cómputo del límite.

PROBLEMÁTICA DE LA CLASIFICACIÓN ARANCELARIA DE LOS PRODUCTOS TECNOLÓGICOS

[Especial referencia al Dictamen de 16 de agosto de 2010 de la OMC relativo al ATI]

VÍCTOR MARTÍN SAMANIEGO

Abogado. Uría Menéndez

DAVID PÉREZ-BUSTAMANTE

Profesor de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad Rey Juan Carlos

Abogado

Extracto:

LA innovación de los productos tecnológicos es un hecho incontestable, fácilmente comprobable por todos nosotros, que podemos observar como nuestros hábitos de ocio y de trabajo resultan afectados por la introducción de *tablets*, dispositivos de telefonía móvil multiservicio o aparatos de reproducción o almacenaje de forma constante. Adicionalmente, en muchas ocasiones, los productos se combinan para dar lugar a nuevos o mejorados aparatos que satisfacen la potencial demanda de nuestras sociedades. Este fenómeno, unido a la globalización en la producción y distribución de bienes, determina que las autoridades aduaneras tengan que enfrentarse a la clasificación de productos novedosos de forma sistemática.

Lamentablemente, la normativa aduanera no se actualiza a la misma velocidad que los productos tecnológicos, generando una lógica dificultad para la clasificación de estos productos novedosos.

En el presente artículo trataremos de exponer la normativa aplicable así como los criterios que deben utilizarse para realizar una adecuada clasificación arancelaria de los productos tecnológicos. Finalmente, examinaremos la importancia que el Dictamen de 16 de agosto de 2010 de la Organización Mundial del Comercio relativo al Acuerdo Internacional sobre Tecnología de la Información tiene a este respecto.

Palabras clave: Aduanas, Comunidades Europeas, clasificación arancelaria, Organización Mundial del Comercio y Acuerdo Internacional sobre Tecnología de la Información.

PROBLEMS ARISING FROM THE CUSTOMS CLASSIFICATION OF TECHNOLOGICAL DEVICES

[Special reference to the Report of August 16, 010 issued by the OMC regarding the ATI]

VÍCTOR MARTÍN SAMANIEGO

Abogado. Uría Menéndez

DAVID PÉREZ-BUSTAMANTE

Profesor de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad Rey Juan Carlos

Abogado

Abstract:

THE innovation of the technological products is a fact that cannot be discussed, and can be easily reviewed by all of us, since we can clearly determine how our working and free time habits have been affected due to the introduction of tablets, mobile phones, or other type of instruments. In addition, in several cases the products are combined in order to obtain a new or improved product that may suit better the requirements of our society. This phenomenon, jointly with the globalization of the production and distribution of this type of products, obliges the custom authorities to address the classification of technological devices from a systematic scope.

Nevertheless, the custom regulation is not actualized at the same speed as the technology, generating the corresponding problems in order to classify this type of devices.

In this paper we analyze the applicable regulation as well as the criteria to be used in order to carry out the necessary classification of the technological products. Finally, we will examine the special importance of the report issued on August 16, 010 issued by the OMC regarding the ATI.

Keywords: Customs, European Communities, custom classification, World Commerce Organization and International Agreement regarding the Technology of the Information.

Sumario

1. Introducción.
2. Criterios para determinar la clasificación arancelaria de un producto tecnológico: el concepto de función principal o esencial de una mercancía a efectos aduaneros.
 - 2.1. Aspectos generales: marco normativo.
 - 2.2. Determinación de los criterios que permiten determinar el carácter esencial de un producto tecnológico.
 - 2.3. Análisis de los criterios que permiten determinar el carácter esencial de un producto tecnológico.
3. El dictamen de la OMC relativo al ATI.
4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La innovación de los productos tecnológicos es un hecho incontestable, fácilmente comprobable por todos nosotros, que podemos observar como nuestros hábitos de ocio y de trabajo resultan afectados por la introducción de *tablets*, dispositivos de telefonía móvil multiservicio o aparatos de reproducción o almacenaje de forma constante. Adicionalmente, en muchas ocasiones, los productos se combinan para dar lugar a nuevos o mejorados aparatos que satisfacen la potencial demanda de nuestras sociedades.

Este fenómeno, unido a la globalización en la producción y distribución de bienes, determina que las autoridades aduaneras tengan que enfrentarse a la clasificación de productos novedosos de forma sistemática.

Lamentablemente, la normativa aduanera no se actualiza a la misma velocidad que los productos tecnológicos, generando una lógica dificultad para la clasificación de estos productos novedosos.

Y es precisamente en este escenario en el que se plantea el conflicto. La clasificación de los productos tecnológicos en uno u otro epígrafe arancelario puede tener una gran importancia económica, en la medida en la que, desde la ausencia de arancel, se puede pasar a la exigencia de aranceles de elevado importe. Por ejemplo, un disco duro reproductor multimedia, si es clasificado como disco duro está exento de arancel, mientras que si es clasificado como aparato reproductor, el arancel aplicable sería del 13,9 por 100 *ad valorem*.

Este es un ámbito en el que la Administración Tributaria española actúa de forma conjunta y coordinada con las Administraciones Tributarias de los restantes Estados miembros de la Unión, como no podría ser de otra manera como consecuencia de la armonización de la normativa arancelaria.

Podría pensarse que la Administración Tributaria, ante la duda, tiene la tendencia de optar por la clasificación más beneficiosa para sus arcas. En cualquier caso, el análisis que debe realizarse, como podremos comprobar, no es sencillo.

A continuación trataremos de exponer la normativa aplicable así como los criterios que deben utilizarse para realizar una adecuada clasificación arancelaria de los productos tecnológicos. Finalmente, examinaremos las novedades normativas y jurisprudenciales más relevantes en esta materia.

2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CLASIFICACIÓN ARANCELARIA DE UN PRODUCTO TECNOLÓGICO: EL CONCEPTO DE FUNCIÓN PRINCIPAL O ESENCIAL DE UNA MERCANCÍA A EFECTOS ADUANEROS

2.1. Aspectos generales: marco normativo

La clasificación arancelaria de los productos debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el Anexo I del Reglamento (CEE) n.º 2658/87 del Consejo, de 23 de julio de 1987, relativo a la Nomenclatura Arancelaria y Estadística y Arancel Aduanero Común ¹ (el «**Arancel**»).

El Anexo I del Arancel, denominado Nomenclatura Combinada («**NC**»), contiene en la Sección I de la Parte Primera, bajo la rúbrica «Reglas Generales», las reglas básicas para la interpretación de la Nomenclatura Combinada (las «**Reglas Interpretativas**»).

De acuerdo con lo dispuesto en las Reglas Interpretativas, la clasificación arancelaria se realiza de acuerdo con los textos de las partidas que recoge el Arancel, de forma que cuando una mercancía esté compuesta por artículos diferentes se clasificará «según la materia o con el artículo que le confiera el carácter esencial, si fuera posible determinarlo» ².

En consecuencia, la determinación del elemento esencial de una mercancía nos permitirá realizar su clasificación. Este criterio nos permite resolver la clasificación arancelaria de la mayoría de los productos tradicionales y de muchos productos tecnológicos. El problema se plantea, fundamentalmente respecto de estos últimos, en aquellos casos en los que el producto es tan novedoso que, siendo susceptible de ser clasificado en distintas partidas arancelarias, no encuentra una clasificación clara.

En numerosas ocasiones, la potencial clasificación en distintas partidas se produce por ser el dispositivo el resultado de la incorporación de dos o más aparatos tecnológicos. Esta circunstancia, en muchas ocasiones, no plantea una problemática práctica, ya que el arancel aplicable es el mismo. El problema se plantea en el supuesto en el que el arancel varía.

Por tanto, procede analizar el concepto de carácter esencial para, posteriormente, determinar los criterios que permiten su determinación.

No puede desconocerse la importancia de los BTI (Binding Tariff Information), decisiones sobre la clasificación de productos concretos y emitidas por las autoridades aduaneras de los distintos Estados miembros, y que vinculan a la totalidad de dichos estados por un periodo de seis años. A través del análisis de las mismas se conoce no solamente la clasificación arancelaria de un producto,

¹ De acuerdo con la modificación realizada por el Reglamento (CE) n.º 1031/2008 de la Comisión, de 19 de septiembre de 2008 (DOUE, 31 de octubre de 2008).

² «3. [...] (b) mixtures, composite goods consisting of different materials or made up of different components, and goods put up in sets for retail sale, which cannot be classified by reference to 3(a), **shall be classified as if they consisted of the material or component which gives them their essential character, in so far as this criterion is applicable;**».

sino incluso la línea que orienta la clasificación de grupos o subgrupos de los mencionados por parte de las autoridades competentes.

2.2. Determinación de los criterios que permiten determinar el carácter esencial de un producto tecnológico

La orientación comercial —elemento potencialmente indicativo del destino del producto— puede constituir un criterio que ayude a determinar la función principal de una determinada mercancía, pero ni es el único ni mucho menos el más relevante, como seguidamente demostraremos.

2.2.1. La interpretación del concepto «carácter esencial»

Como se ha indicado, de acuerdo con la Reglas Interpretativas, la clasificación de aquellas mercancías que estén compuestas por artículos diferentes se llevará a cabo «según la materia o con el artículo que le confiera el carácter esencial, si fuera posible determinarlo».

Ni el Arancel ni las Reglas Interpretativas contienen una definición de lo que ha de entenderse por «carácter esencial», de ahí que debamos acudir al sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, del citado término, tal y como prescribe con carácter general la normativa tributaria española, en concreto el artículo 3.2 de la Ley General Tributaria.

No existiendo una definición jurídica o técnica del término «carácter esencial», procede analizar el sentido usual de la citada expresión. Así, el vocablo «carácter» se define como el conjunto de cualidades o circunstancias que distingue una cosa de las demás ³, en tanto que el adjetivo «esencial» hace referencia a lo más importante y característico de una cosa ⁴.

De esta forma, el concepto «carácter esencial» puede interpretarse como el conjunto de cualidades que caracterizan un producto distinguiéndolo de los demás, definición esta que aplicada a un aparato electrónico se materializaría en su función o uso principal.

2.2.2. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En la medida en que la normativa aduanera se encuentra plenamente armonizada en el seno de las Comunidades Europeas, procede analizar los pronunciamientos que en esta materia haya podido emitir el máximo órgano jurisdiccional de la Unión Europea y, por tanto, máximo intérprete del

³ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española («DRAE») define el término «carácter» como «2. Conjunto de cualidades o circunstancias propias de una cosa, de una persona o de una colectividad, que las distingue, por su modo de ser u obrar, de las demás».

⁴ El DRAE define el adjetivo «esencial» como «1. Perteneciente o relativo a la esencia. El alma es parte esencial del hombre. 2. Sustancial, principal, notable». A su vez, el término «esencia» se define como «1. Aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas. 2. Lo más importante y característico de una cosa».

derecho comunitario, que no es otro que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («TJCE») –actualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea–.

Dicho Tribunal se ha pronunciado de hecho en diversas ocasiones sobre la clasificación arancelaria de productos integrados por artículos o elementos diferentes y, por tanto, susceptibles de ser clasificados en distintas partidas arancelarias.

En este sentido, es notoria la existencia de una copiosa jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera que el criterio decisivo para la clasificación arancelaria de las mercancías ha de buscarse, por lo general, «en sus características y propiedades objetivas», como señalan, entre otras, las Sentencias de 9 de agosto de 1994, asunto *Neckermann Versand* (C-395/93), o de 10 de mayo de 2001, asunto *VauDe Sport* (C-288/99).

A mayor abundamiento, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido en numerosas ocasiones que la clasificación basada en el destino de un producto es un método que debe utilizarse «en última instancia» y que, en aras de la seguridad jurídica y de la facilidad de los controles, «deben tener preferencia los criterios de clasificación basados en las características y propiedades objetivas de los productos, que pueden verificarse en el momento del despacho de aduanas», tal y como han puesto de manifiesto las Sentencias de 20 de noviembre de 1997, asunto *Wiener SI* (C-338/95), o de 16 de diciembre de 1976, asunto *Luma* (C-38/76).

De acuerdo con la citada jurisprudencia, es necesario examinar todos y cada uno de los elementos y componentes que integran una concreta mercancía, de forma que para determinar el carácter esencial de alguno de los citados elementos ha de analizarse si el producto en cuestión «privado de alguno de sus componentes, conservaría o no las propiedades que lo caracterizan» [en este sentido se pronuncian, entre otras muchas, las Sentencias del TJCE de 10 de mayo de 2001, asunto *VauDe Sport* (C-288/99), o de 7 de febrero de 2002, asunto *Tubon International* (C-276/02)].

Centrándonos en los aparatos electrónicos, la manifestación de sus propiedades objetivas se aprecia a partir de sus respectivas características técnicas, que son precisamente las que han de tenerse en cuenta a la hora de clasificar dichos productos bajo un determinado código arancelario [véase en tal sentido la STJCE de 17 de marzo de 2005, *Ikegami Electronics* (C-437/03)], o incluso atendiendo a criterios de coste y precio, que indudablemente tienen un carácter objetivo.

2.3. Análisis de los criterios que permiten determinar el carácter esencial de un producto tecnológico

Dentro de los elementos que la Administración Tributaria está utilizando para determinar la clasificación arancelaria de un producto, destaca el criterio de la orientación comercial del mismo, llegándose a convertir, en determinados casos, en el único elemento tomado en consideración para determinar el carácter esencial de un determinado producto.

No obstante, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales aplicables al caso que han sido analizados, cabe concluir que, además del criterio de orientación comercial, que también puede ser

ponderado para determinar la función principal de un producto tecnológico, resulta absolutamente relevante para esclarecer la función principal o carácter esencial de dicho producto, como no podría ser de otra manera, el análisis de sus características objetivas, es decir, de sus características técnicas y económicas. A continuación analizaremos todos estos criterios.

2.3.1. Orientación comercial

Este criterio permite la identificación del carácter esencial de un producto analizando como el mismo es presentado al mercado.

En numerosas ocasiones, es el carácter esencial de un producto el que es especialmente destacado, como puede ser el número de copias que realiza por minuto una máquina fotocopidora, la calidad de imagen de un televisor o la capacidad de almacenamiento de un disco duro. En consecuencia, este criterio permite en ocasiones distinguir el elemento esencial del producto, concretamente en las ocasiones en las que ese elemento es el especialmente publicitado.

No obstante, no es el único elemento que debe ser tenido en cuenta para determinar dicho carácter esencial, ya que podría llevarnos a absurdos como pensar que el elemento esencial de un vehículo automóvil es el sistema de GPS o audio incorporado (o, en épocas pasadas, el aire acondicionado). Es decir, en numerosas ocasiones lo que pretende una política comercial es destacar una prestación adicional o extra incluida en el coste de un producto, todo ello con la finalidad de atraer la atención del comprador o diferenciar un producto de otros similares ofertados por la misma compañía fabricante o por otras empresas competidoras.

En definitiva, siendo un elemento relevante, el análisis de la orientación comercial del producto o de la forma en que este se presenta al público no es el único elemento que debe tenerse en cuenta, como erróneamente sostiene la Administración Tributaria española en algunas de sus liquidaciones.

2.3.2. Características objetivas técnicas del producto

Como ya hemos señalado con anterioridad, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido en numerosas ocasiones que la clasificación basada en el destino de un producto es un método que debe utilizarse «en última instancia» y que, en aras de la seguridad jurídica y de la facilidad de los controles, «deben tener preferencia los criterios de clasificación basados en las características y propiedades objetivas de los productos, que pueden verificarse en el momento del despacho de aduanas».

Procede en consecuencia analizar los elementos objetivos y técnicos sobre los que debe gravitar la calificación de la función principal y el carácter esencial del correspondiente producto tecnológico. Este análisis nos permitirá concluir, en una gran cantidad de supuestos, sobre cuál es el elemento esencial.

Por ejemplo un disco duro que incorpora un dispositivo que permite transformar las señales codificadas y hacerlas visibles en su conexión con un televisor tendrá la condición de aparato disco duro, independientemente de que se publicite haciendo en su función descodificadora ⁵.

2.3.3. *Análisis de las características económicas del producto*

El coste del producto es un criterio que también puede ser tenido en cuenta para determinar el elemento esencial. Cuando nos encontramos ante dispositivos que integran, a su vez, pluralidad de dispositivos, este criterio puede ser en determinados casos extremadamente clarificador.

Así, en la actualidad proliferan los aparatos de televisión que incorporan un disco duro que permite grabar determinados programas. En la mayoría de estos casos, televisores de alta gama, el componente televisor puede suponer hasta 30 veces el coste del elemento disco duro. En consecuencia, este criterio nos permitiría concluir que el elemento esencial es el televisor y no el disco duro, independientemente de que, desde la perspectiva objetiva, tanto la función de televisor como la de disco duro puedan ser efectivamente desarrolladas por el dispositivo.

2.3.4. *Análisis del destino del producto*

Finalmente, el criterio de destino del producto también puede constituir un criterio objetivo en materia de clasificación arancelaria siempre que sea inherente a dicho producto, inherencia que debe poder apreciarse en función de las características y propiedades objetivas de la mercancía.

Por ejemplo, el análisis de destino permitiría concluir, en la mayoría de los casos, que un disco duro reproductor multimedia debe ser clasificado como disco duro y no como reproductor. Así, si bien dicho dispositivo puede ser utilizado por la persona que lo haya adquirido como disco duro y como dispositivo que permite la conexión a un aparato de reproducción, siempre debe ser utilizado como disco duro, mientras que su utilización como dispositivo que permite la conexión a un aparato de reproducción es opcional, dependiendo de la voluntad de cada usuario concreto.

Es decir, si una persona pretende visionar un determinado archivo (e.g. una película) en la televisión u otro dispositivo de reproducción utilizando el dispositivo, primero deberá almacenar el archivo en el dispositivo (función de almacenamiento de datos), para, posteriormente, conectarlo a la televisión y proceder a su visionado.

Por el contrario, si pretende utilizar el dispositivo como disco duro, lo cual es totalmente factible y viable, aquel solamente desarrollará la función de almacenamiento, pero en ningún caso la de reproducción de los mencionados archivos. En consecuencia el criterio de destino del producto permite clasificar el dispositivo como disco duro y no como reproductor de archivos multimedia ⁶.

⁵ El pasado 14 de abril el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los casos *British Sky Broadcasting Group* (C-288/09) y *Pace* (C-289/09), ha considerado que descodificadores que incorporan disco duro deben clasificarse dentro de la partida 8471 y no dentro de la partida 8521, en consecuencia no generando arancel.

⁶ En este sentido, el Ruling NY K83389, de 2 de marzo de 2004, considera que el producto Nikon Coolwalker Hard Drive, disco duro de 30GB que permite almacenar hasta 10.000 imágenes de vídeo digitales y que incorpora una pantalla LCD

3. EL DICTAMEN DE LA OMC RELATIVO AL ATI

El 16 de agosto de 2010 la Organización Mundial del Comercio («**OMC**»), través del correspondiente grupo especial organizado al efecto, dio a conocer el dictamen (el «**Dictamen**») que ha puesto fin a la demanda formulada por Estados Unidos, Japón y Taiwán contra las Comunidades Europeas («**CC.EE.**») por las políticas arancelarias que estas han venido desarrollando en relación con la importación de determinados productos de alta tecnología que, en opinión de los reclamantes, contravenían lo previsto en el Acuerdo Internacional sobre Tecnología de la Información (el «**ATI**» o el «**Acuerdo**»), suscrito el 13 de diciembre de 1996 por una serie de países entre los que se encontraban los demandantes así como las CC.EE.

El Dictamen estima las alegaciones presentadas por los reclamantes y concluye que la imposición de aranceles y derechos aduaneros sobre los mencionados aparatos resulta contrario a las reglas del comercio internacional y a las obligaciones asumidas por las CC.EE. bajo el ATI.

Las CC.EE. han decidido no recurrir el contenido del Dictamen, aceptando de esta manera las conclusiones vertidas por la OMC en dicha resolución y quedando obligadas, en consecuencia, a adaptar y poner en marcha las medidas necesarias tendentes a dar cumplimiento a lo allí acordado ⁷. De hecho, se ha acordado que el plazo prudencial para la aplicación por las CC.EE. del contenido del Dictamen sería de nueve meses y nueve días contados a partir de la fecha de adopción de la citada resolución. En consecuencia, el plazo prudencial expiró el pasado 30 de junio de 2011 ⁸.

Llegados a este punto, resulta obligado comentar siquiera brevemente el contenido y finalidad del ATI, pues ello permitirá apreciar la enorme repercusión que su firma tuvo en el comercio internacional de productos tecnológicos al establecer, como veremos, la eliminación de los derechos arancelarios que se aplicaban sobre una amplia gama de productos de tecnología de la información.

Así, en la propia exposición de motivos del ATI se reconoce «la función clave que desempeña el comercio de productos de tecnología de la información en el desarrollo de las industrias de la información y en la expansión dinámica de la economía mundial», y se expresa el deseo de conseguir «la máxima libertad del comercio mundial de productos de tecnología de la información» y «fomentar el desarrollo tecnológico continuo de la industria de la tecnología de la información en todo el mundo», lo que contribuirá en definitiva de manera positiva «al crecimiento económico y al bienestar mundiales».

Con estos objetivos de partida, por medio del ATI los países firmantes (representativos de aproximadamente el 80% del comercio mundial de estos productos) acuerdan eliminar los derechos de aduana y los demás derechos o cargas de cualquier clase a (i) todos los productos clasificados (o

color susceptible de ser conectada a un ordenador o una televisión permitiendo la visualización de las fotografías en dichos soportes, es un producto compuesto que debe clasificarse como disco duro.

⁷ Véase la noticia de prensa en el siguiente vínculo: <http://ictsd.org/i/news/bridgesweekly/85331/>

⁸ La Unión Europea ha asegurado en junio de 2011 que había adoptado las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones y resoluciones mencionadas. Puede consultarse este extremo en el siguiente vínculo: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds376_s.htm

clasificables) en las partidas enumeradas en el Apéndice A del Anexo del ATI (las «**Partidas Exoneradas**»); y (ii) todos los productos especificados de manera detallada en el Apéndice B del citado Anexo, estén o no incluidos en el Apéndice A (los «**Productos Exonerados**»).

Pues bien, pese a los términos en que aparece redactado el Acuerdo, las CC.EE. consideraron procedente la exigencia de aranceles a la importación sobre tres tipos de aparatos –y, por tanto, su exclusión de las Partidas Exoneradas y de los Productos Exonerados–, a saber, (i) los visualizadores de panel plano (los «**Visualizadores**»), (ii) los adaptadores multimedia que desempeñan una función de comunicación (los «**Adaptadores**») y (iii) las máquinas digitales multifuncionales (las «**Multi-función**»), posición esta de la que trae origen el Dictamen como consecuencia de la reclamación formulada por Estados Unidos, Japón y Taiwán contra la citada política.

El Dictamen, como ya hemos adelantado, da la razón a los reclamantes y concluye que la imposición de aranceles y derechos aduaneros sobre los mencionados aparatos resulta contrario a las reglas del comercio internacional y a las obligaciones asumidas por las CC.EE. bajo el ATI.

Centrándonos en el contenido del Dictamen, de él se pueden extraer las conclusiones que de forma resumida exponemos a continuación en relación con cada uno de los aparatos que constituyen su objeto:

1. Respecto de los Visualizadores, las CC.EE. los excluye de las Partidas Exoneradas, exigiendo por tanto el pago del correspondiente arancel en el momento de su importación en territorio europeo, dado que, en su opinión, pueden conectarse a diversos aparatos electrónicos distintos de un ordenador, siendo esa su función principal.

La OMC considera, por el contrario, que si bien es cierto que los Visualizadores pueden conectarse a aparatos distintos de un ordenador, en la medida en la que la conexión de estos dispositivos a un ordenador sigue siendo posible, esta característica adicional no modifica la naturaleza del aparato en cuestión. Siendo así, procede la inclusión de los Visualizadores dentro de los productos para los que el ATI prevé la exoneración de cualquier tipo de arancel como consecuencia de su entrada en el territorio aduanero comunitario.

2. Respecto de los Adaptadores, las CC.EE. consideraron que en la medida en que dichos aparatos, además de cumplir las características que les resultan propias de acuerdo con su clasificación arancelaria –esto es, ser un (i) dispositivo microprocesador, (ii) que incorpora un módem con acceso a Internet, y (iii) con función de intercambio de información interactiva–, incorporaban un disco duro u otro aparato de grabación o reproducción, dejaban de tener la clasificación arancelaria que determina la exoneración del arancel comunitario conforme a lo previsto en el ATI.

La OMC rechaza la argumentación expuesta, considerando que la existencia de funciones adicionales no desnaturaliza la clasificación arancelaria de los Adaptadores, ya que estos siguen cumpliendo las características que les son propias, independientemente de que incorporen funcionalidades o elementos accesorios.

3. Finalmente, las CC.EE. sostuvieron que las Multifunción, en la medida en que permiten simultáneamente la entrada o recepción de datos y la salida de los mismos –e.g. las impresoras y los escáneres–, en lugar de una sola de estas funciones, tienen la misma naturaleza que otros dispositivos sujetos a gravamen sobre la importación –e.g. las fotocopadoras– debiendo por tanto clasificarse como este último aparato y quedando sujetas al pago de derechos aduaneros.

La OMC rechaza de nuevo las alegaciones formuladas por las CC.EE. y concluye que la existencia de capacidades que permiten que el dispositivo realice la función que le es propia y otra función complementaria, incluso cuando ambas permitan un resultado equivalente al de un dispositivo sujeto a arancel, no desnaturaliza la clasificación arancelaria del citado dispositivo electrónico. Siendo así, el Dictamen considera que este trato resulta incompatible con el ATI, debiendo restituir las Multifunción a la categoría de los Productos Exonerados.

De lo hasta ahora expuesto podemos concluir, en primer lugar, que la ratio del Dictamen en relación con los productos analizados es plenamente coherente con los objetivos y finalidad del ATI, plasmados en la propia exposición de motivos y en los considerandos iniciales del Acuerdo.

En este sentido, no está de más recordar que el ATI declara, en su artículo 1, que los regímenes arancelarios de los miembros de la OMC deben «evolucionar de manera que aumenten las oportunidades de acceso a los mercados para los productos de la tecnología de la información».

Es decir, la evolución de un producto o dispositivo tecnológico a través del incremento de sus capacidades de conexión, o de la incorporación de funcionalidades adicionales o incluso funciones complementarias o accesorias a la principal, no puede dar como resultado un «producto nuevo» excluido del ámbito de aplicación del ATI. De aceptar la posición contraria, prácticamente ningún producto de los que hay en el mercado en la actualidad estaría comprendido en el ATI, siendo inviable la consecución de uno de los principales objetivos del Acuerdo, cual es «conseguir la máxima libertad del comercio mundial de los productos de tecnología de la información» y «fomentar el desarrollo tecnológico continuo de la industria de la tecnología de la información en todo el mundo».

Los productos han mejorado a lo largo del tiempo y han incorporado características avanzadas o tecnologías mejoradas, pero todavía siguen estando comprendidos en el sentido corriente de los aparatos recogidos en el Apéndice A y B del Anexo del ATI. Buena prueba de que la perspectiva del cambio tecnológico fue bien comprendida por los negociadores y firmantes del ATI es que si hubieran creído que esos cambios rápidamente quitarían el contenido a los compromisos contraídos, como parecen creer las CC.EE., cabe preguntarse por qué tantos estados firmantes todavía hoy atribuyen tanta importancia al Acuerdo.

Esta opinión no se concilia con la idea que parece subyacer en las políticas aplicadas por las CC.EE. respecto de los productos de alta tecnología, esto es, que con cada adelanto tecnológico, con cada nueva característica añadida, los productos caen fuera del ámbito de los Productos Exonerados y las Partidas Exoneradas de forma que, desde el momento mismo de la firma del Acuerdo, la lista de productos contemplados por el ATI se habría venido acortando sostenidamente hasta quedar reducida a la nada.

Esta no era, como parece evidente, la intención de los firmantes del Acuerdo, que no podían obviar que resulta inherente a la innovación y al desarrollo tecnológico la modificación de las características de los productos de la tecnología de la información, circunstancia esta que, como hemos comprobado en el caso de las CC.EE., dejaba la puerta abierta a que las autoridades aduaneras se vieran tentadas, en aras de un mal entendido afán recaudatorio, a reclasificar muchos de los productos y aparatos incluidos en el Acuerdo. Es precisamente esta circunstancia la que lleva al establecimiento de un sistema que podríamos denominar de «doble lista», *i.e.* Partidas Exoneradas y Productos Exonerados, así como la inclusión, en la primera de estas listas de «todos los productos clasificados (o clasificables)» en las partidas correspondientes.

En definitiva, podemos observar que la actitud de las CC.EE. en relación con la clasificación y tratamiento aduanero de productos tecnológicos no ha respetado el ATI, cuyo objetivo fundamental es precisamente liberar de aranceles el comercio de estos productos. Esperamos que, a partir del Dictamen, cambie la posición de las CC.EE. en este respecto.

4. CONCLUSIONES

Es la determinación del elemento esencial de una mercancía el procedimiento que nos permitirá realizar su clasificación arancelaria. El concepto «carácter esencial» puede interpretarse como el conjunto de cualidades que caracterizan un producto distinguiéndolo de los demás, definición esta que aplicada a un aparato electrónico se materializaría en su función o uso principal.

No obstante, en determinadas ocasiones, la determinación del carácter esencial no resulta sencilla. El criterio de la orientación comercial, criterio que parece ser bastante utilizado en la práctica por la Administración Aduanera española, incluso a veces como único criterio, no es el único elemento que debe ser utilizado.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria además del criterio de orientación comercial, que también puede ser ponderado para determinar la función principal de un producto tecnológico, resulta absolutamente relevante para esclarecer la función principal o carácter esencial de dicho producto, como no podría ser de otra manera, el análisis de sus características objetivas, es decir, de sus características técnicas y económicas.

En los últimos tiempos, la idea que parece subyacer en las políticas aplicadas por las CC.EE. respecto de los productos de alta tecnología, esto es, que con cada adelanto tecnológico, con cada nueva característica añadida, los productos caen fuera del ámbito de los Productos Exonerados y las Partidas Exoneradas de forma que, desde el momento mismo de la firma del Acuerdo, la lista de productos contemplados por el ATI se habría venido acortando sostenidamente hasta quedar reducida a la nada.

Esta no era, como parece evidente, la intención de los firmantes del Acuerdo, que no podían obviar que resulta inherente a la innovación y al desarrollo tecnológico la modificación de las características de los productos de la tecnología de la información, circunstancia esta que, como hemos

comprobado en el caso de las CC.EE., dejaba la puerta abierta a que las autoridades aduaneras se vieran tentadas, en aras de un mal entendido afán recaudatorio, a reclasificar muchos de los productos y aparatos incluidos en el Acuerdo.

En definitiva, podemos observar que la actitud de las CC.EE. en relación con la clasificación y tratamiento aduanero de productos tecnológicos no ha respetado el ATI, cuyo objetivo fundamental es precisamente liberar de aranceles el comercio de estos productos. Esperamos que, a partir del Dictamen, cambie la posición de las CC.EE. en este respecto.

LAS REDES SOCIALES EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN: EVOLUCIÓN DEL CASO ESPAÑOL Y COMPARACIÓN ENTRE MODELOS DE GOBIERNO

DAVID BLANCO ALCÁNTARA

*Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Departamento de Economía
y Administración de Empresas. Universidad de Burgos*

PABLO DE ANDRÉS ALONSO

*Profesor Titular Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Área de
Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valladolid*

ÓSCAR LÓPEZ DE FORONDA

*Profesor Titular Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Departamento
de Economía y Administración de Empresas. Universidad de Burgos*

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 ano-
nimato de los autores.

Extracto:

LAS redes sociales se muestran como un potente factor explicativo de diversos aspectos de la empresa, afectando al gobierno de la misma. Se pueden mostrar como un canal de acceso a todo tipo de recursos, aportando ventajas competitivas a la empresa; o como una limitación, en el caso de suponer una barrera al control del gobierno corporativo. Consecuentemente, se hace necesario conocer las características que posee una red, así como la centralidad de las empresas que forman parte de ella y que las conferirá unas fortalezas o debilidades.

Este trabajo trata de contribuir a la literatura sobre relaciones *interlocking* y redes sociales entre empresas, con el objetivo de analizar la evolución acaecida en la red de las principales empresas cotizadas españolas así como su comparación con la red de Reino Unido.

Los cambios experimentados en dicha red durante el periodo 1999-2010 conducen a una red con mayor tamaño pero menos densa, más dispersa, que conlleva la existencia de un menor número de relaciones entre los consejeros. Además, se observa una tendencia de desplazamiento de las empresas del sector financiero desde las posiciones más centrales (caso de 1999) a posiciones más periféricas (caso de 2010). Estas circunstancias derivan en una mayor homogeneidad entre la red española de 2010 y la red de Reino Unido del mismo año, dando apoyo a una hipótesis de convergencia entre modelos de gobierno corporativo.

Palabras clave: redes sociales, relaciones *interlocking*, consejos de administración y modelos de gobierno.

BOARD SOCIAL NETWORKS: EVOLUTION OF SPANISH CASE AND COMPARISON BETWEEN GOVERNANCE MODELS

DAVID BLANCO ALCÁNTARA

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Departamento de Economía y Administración de Empresas. Universidad de Burgos

PABLO DE ANDRÉS ALONSO

Profesor Titular Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Área de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valladolid

ÓSCAR LÓPEZ DE FORONDA

Profesor Titular Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Departamento de Economía y Administración de Empresas. Universidad de Burgos

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 AYALA, 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:

SOCIAL networks are shown as a powerful factor explaining various aspects of the company, affecting its governance. Social networks can be as a channel of access to all resources, providing competitive advantages to the company, or as a limitation, in the case of a barrier to the control of corporate governance. Consequently, it is necessary to understand the features that a network has and the centrality of the companies conferring a strengths or weaknesses.

This paper aims to contribute to the literature on relationships, «interlocking» and social networks between companies, with the aim of analyzing the evolution of the network of major Spanish listed companies as well as comparison with the UK network.

The changes in the network during the 1999-2010 period led to a network with larger size but less dense, more dispersed, implying the existence of a lower number of relationships between directors. In addition, there is a trend toward movement of financial companies from more central positions (in 1999) to more peripheral positions (in 2010). These circumstances lead to a similarity between the Spanish network of 2010 and the UK network of the same year, supporting the hypothesis of convergence of both corporate governance models.

Keywords: social networks, interlocking relationships, boards of directors and governance models.

Sumario

1. Introducción.
2. Marco teórico.
 - 2.1. Teoría de redes sociales.
 - 2.2. Modelos de gobierno corporativo.
3. Muestra y datos.
4. Metodología.
5. Resultados.
6. Conclusiones y futuras líneas de investigación.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las redes sociales abren una nueva ventana en la investigación de gobierno corporativo. Las conexiones entre los consejos de administración de las empresas son un importante factor explicativo de diferentes aspectos de una empresa. MIZRUCHI y SCHWARTZ (1987) ya exponían la dificultad de conocer una organización sin saber qué posición está ocupando en la red de la que forma parte. Así, MIZRUCHI (1996) muestra diversas razones por las que son importantes las relaciones de *interlocking*¹: conseguir colusiones, cooptación y control, legitimidad, desarrollo profesional o cohesión social.

La teoría de redes refleja una nueva vertiente de estudio donde las variables explicativas no son los atributos sino las relaciones mantenidas entre las empresas o sus individuos. Se trata de una perspectiva nueva e innovadora: la perspectiva relacional. No cabe duda de la gran aportación y de la importancia que ha tenido y tiene la perspectiva atributiva y el desarrollo de multitud de trabajos de la misma. Sin embargo, ignoró las relaciones sociales entre actores como unidad de análisis en sí. Es esta última idea la que se puede considerar la aportación más relevante de la investigación en redes sociales.

Diversas son las relaciones que se pueden materializar para formar una red, tales como relaciones profesionales, educacionales, familiares o similares; siendo las relaciones *interlocking* las más comunes en el estudio de redes en gobierno corporativo.

Podemos encontrar diversos trabajos en la literatura sobre redes sociales e *interlocking* que justifican su relevancia para la comprensión de muchos de los aspectos de la empresa. FRACASSI (2008) expone cómo las decisiones de inversión pueden caminar hacia una convergencia entre empresas relacionadas. COHEN *et al.* (2008) muestran como las empresas realizan mayores inversiones en aquellas empresas con las que mantienen relación. De igual manera, otros aspectos de la gobernanza empresa-

¹ En el ámbito del gobierno corporativo esta medida ha sido ya empleada en trabajos sobre consejos de administración. Una relación *interlocking* o *interlock* es aquella que se da cuando una persona concreta se sienta como consejero en el consejo de administración de dos o más empresas, quedando esas empresas relacionadas por medio de ese consejero.

rial, como la retribución del directivo, también se ven influenciados por las relaciones entre ellas establecidas (BARNEA y GUEJ, 2007).

Las redes se muestran como canales alternativos al mercado, capaces de reducir los costes de transacción (CHANDLER, 1977; WILLIAMSON, 1985), presentándose como una herramienta relevante para la obtención de información (BURT, 1997) y reduciendo los costes de información (NAHAPIET y GHOSHAL, 1998). Además, se muestran como una vía para facilitar el acceso a diversos recursos (PFEFFER y SALANCIK, 1978; BURT, 1980; MIZRUCHI y STEARNS, 1988) o conferir a las empresas más centrales un mayor control sobre otros actores (MINTZ y SCHWARTZ, 1985; ZIEGLER *et al.*, 1985).

Así, las relaciones mantenidas entre empresas por medio de los consejeros van a condicionar en cierto modo la labor disciplinadora que tales consejeros desarrollan sobre la actuación para reducir los problemas de gobierno y, con ello, afectar al valor empresarial.

Respecto al efecto del *interlocking* en el resultado de una empresa las conclusiones obtenidas son mixtas. Un mayor *interlocking* puede conducir a una mayor reputación, a ventajas comparativas en términos de información o a una mejora en la función de asesoramiento, pero también a consejeros excesivamente ocupados derivando en una pérdida de control, abusos gerenciales y, por consiguiente, a una pérdida de valor. Esto nos conduce al planteamiento de un verdadero *trade-off* (SUBRAHMANYAM, 2008) entre las ventajas y los inconvenientes que presentan las redes sociales en las empresas.

Por estas razones, se plantea la necesidad de conocer la realidad de la red formada por las principales empresas españolas a través de la relación *interlocking*, mostrando cuál ha sido su evolución, cuáles son sus principales características, así como qué empresas se muestran como los actores más centrales de la red. Igualmente, se muestra una comparación entre la red formada por las principales empresas cotizadas de España y de Reino Unido con el objetivo de analizar la tendencia de la red.

Con la ayuda del análisis de centralidad y partiendo del dualismo existente en la literatura sobre sistemas de gobierno, diferenciando, a riesgo de una excesiva simplificación, dos grandes modelos de gobierno corporativo: el modelo anglosajón y el modelo europeo continental (ZYSMAN, 1983; BERGLÖF, 1990; ROE, 1993), se pretende contrastar la hipótesis de convergencia entre ambos modelos (KHANNA, KOGAN y PALEPU, 2002). Dicha convergencia produciría un desplazamiento de las empresas relacionadas con el sector bancario desde las posiciones que tradicionalmente venían disfrutando, característico de modelos europeos continentales, hacia posiciones menos centrales, perdiendo, en consecuencia, peso el sector bancario como figura central de la esfera económica, tal y como sucede en el modelo anglosajón.

2. MARCO TEÓRICO

Para la elaboración de este trabajo se toman de referencia dos marcos diferentes. Por un lado, se hace uso de la teoría de redes; por otro lado, se muestra el dualismo en los sistemas de gobierno. Por ende, se procede a hacer una sucinta exposición de ambos.

2.1. Teoría de redes sociales

La teoría de redes, desde sus comienzos, ha recibido diversas aportaciones e influencias hasta llegar al punto en que se conoce hoy en día, sobre todo de campos como puedan ser la antropología, la psicología, la sociología, o de la matemática para el caso de su formalización. Además, es una teoría que se ha ido desarrollando a su vez en su faceta conceptual como en la metodológica, gracias al amplio abanico de investigaciones realizadas.

La teoría de redes puede encontrar sus orígenes en la *gestalt theory*² (SCOTT, J., 2000), cuya idea principal es la del agrupamiento. Se desarrolla la idea de que el conjunto formado por unas partes presenta unas propiedades específicas distintas a las de la adición de las propiedades de las partes. Si bien, recientes revisiones como la realizada por BARABÁSI (2002) vinculan a los orígenes de la misma con los orígenes de la teoría del grafo, situándolos en EULER y su famosa solución al problema de los puentes de Königsberg en 1736. La idea importante subyacente bajo la demostración de EULER, como comenta BARABÁSI (2002), es que los «grafos o redes tienen propiedades, ocultas bajo su estructura, que limitan o multiplican nuestra capacidad para hacer cosas con ellas». En cualquier caso, en ambas revisiones la idea subyacente es la misma: la estructura de la red presenta unas propiedades por sí misma, lo que la convierte en objeto de estudio independiente, más allá de las características de las partes que la componen. Para mostrar la idea del Análisis de Redes Sociales se parte de la definición ofrecida por MORENO (1934), quien la sintetiza por medio de un «sociograma»: se muestran grupos como colecciones de puntos conectados por líneas, las cuales muestran las relaciones (véase **figura 1**). Consecuentemente, se ofrece una definición de red social muy básica: una red es aquella que contiene un conjunto de objetos y que representa unas relaciones entre los mismos. Dotando de una mayor exactitud a esta idea básica definiremos a la red social como un conjunto bien definido de actores –individuos, grupos, organizaciones, comunidades, sociedades globales, etc.– que están vinculados unos a otros a través de una o un conjunto de relaciones sociales. Vemos como las unidades de análisis pueden ser personas o colectividades como empresas y otras organizaciones formales.

Una vez expuesto qué entendemos por red social se mostrará aquella red que es objeto de análisis en esta investigación. Siguiendo la definición expuesta anteriormente diremos que nuestra red está formada por un conjunto bien definido de actores –empresas cotizadas españolas– que están vinculados unos a otros por una relación social –relación *interlock*–, bien directa o indirectamente, de manera que una empresa influye al resto de empresas que forman parte de la red, a la vez que esta es influenciada por el resto.

La teoría de redes aporta una perspectiva nueva e innovadora a la investigación, la perspectiva relacional. Aquella donde los vínculos o relaciones entre agentes, o nodos, son la unidad básica de análisis, frente a la perspectiva atributiva donde la unidad de análisis son los atributos o características de los agentes. En este caso, lo verdaderamente importante no son las características que tiene el individuo, sino las relaciones que mantiene. Los grupos no se realizan atendiendo a atributos, sino que los grupos se forman por las relaciones mantenidas entre ellos, siendo esos atributos o características una de las muchas causas o justificación de la existencia de esa relación.

² La *gestalt theory* se conoce también, o se puede traducir, como la teoría del todo.

El análisis de redes corrige la tendencia existente de «centrarse en los árboles más que en el bosque» (SALANCIK, 1995).

El término «redes sociales» es muy popular en la sociedad actual gracias a los avances tecnológicos y al cambio de mentalidad que ha supuesto la aplicación de esta teoría, centrarse en las relaciones más que en los atributos. Así, los estudios de redes sociales, formando parte de la teoría de redes, encuentran aplicación en multitud de áreas y campos de investigación y del conocimiento humano. Podemos observar trabajos realizados en materias tan diversas como la sociología, la biología o la medicina. Y, por supuesto, no es ajeno el campo de estudio que nos atañe: la economía o administración de empresas. En este sentido, existen varios estudios que investigan las relaciones entre empresas a través de los miembros de los consejos de administración de las mismas, lo que se denomina *interlocking*.

No podemos ignorar el papel que las redes sociales juegan en el comportamiento y resultado de una empresa. Así, MIZRUCHI y SCHWARTZ (1987) exponían la dificultad de conocer una organización sin saber qué posición ocupa en la red de la que forma parte.

Las redes proponen una nueva vía para profundizar en el conocimiento sobre la realidad empresarial.

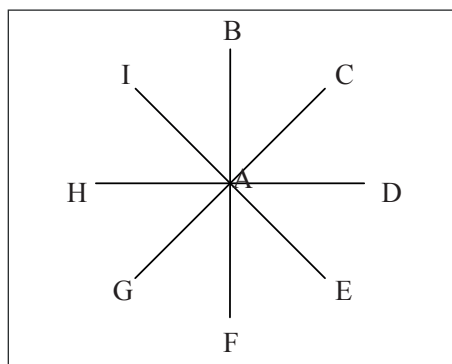
Con el objetivo de profundizar y entender el análisis de una red se hace necesaria la exposición de algunos conceptos. No se trata de exponer cada elemento que se encuentra inmerso en el análisis de una red, sino mostrar aquellos conceptos que nos ayuden a familiarizarnos con los aspectos básicos que serán analizados posteriormente en el estudio de la red de las principales empresas españolas. Las principales características de una red son: los componentes que conforman la misma, su densidad y las medidas de centralidad.

Un componente será aquel grupo de actores que forman parte de la red, en el cual todos y cada uno de ellos alcanza y es alcanzado por el resto de actores que forman parte del mismo componente. Así, una red que esté formada por un único componente implicará que no existan elementos aislados, pues todos los actores son alcanzables por el resto.

En segundo lugar, se expondrá la densidad como la proporción de las relaciones materializadas en la red respecto al número máximo posible de relaciones que se podrían dar en dicha red. Así, la densidad trata de medir el grado en que los contactos están directamente interrelacionados entre sí.

En último lugar, respecto a la medida de la centralidad de cada actor de la red, se parte de la idea de centralidad introducida por BAVELAS (1948), llegando a la conclusión de que un punto que se encuentre en medio de una estructura es más central. FREEMAN (1978/79), a este respecto, añade que: «Se asume universalmente que una persona ubicada en el centro de una estrella es estructuralmente más central que cualquier otra persona en cualquier otra posición en cualquier otra red de tamaño similar». Este punto «estrella» puede ser fácilmente visualizado en un «sociograma» (véase **figura 1**):

FIGURA 1. «Sociograma» o grafo que se denomina «estrella» por poseer un único punto central (punto A) que se comporta como el punto «estrella».



Esto que, intuitivamente resulta evidente, responde a que ese punto central reúne una serie de características que le otorgan ese grado de mayor centralidad, consistiendo en tres propiedades distintas que únicamente el centro de una estrella posee:

- Esa posición goza del mayor grado ³ posible.
- Se encuentra en la geodésica ⁴ mediando el mayor número de relaciones posibles entre puntos.
- Está ubicada a la menor distancia de todos los demás puntos, lo que hace que se encuentre lo más cerca posible del resto de puntos.

A partir de estas propiedades se establecen las medidas de centralidad ya que todas ellas están basadas, en un sentido u otro, en estas propiedades. Tal es así que, las medidas que aquí se presentan, basadas en FREEMAN (1978/79), son tres y cada una de ellas equivale a una de esas propiedades: el *degree* (grado), *betweenness* (intermediación) y *closeness* (cercanía).

El *degree* o grado es la más sencilla e intuitiva. Muestra como un punto será más central cuanto mayor sea su grado, siendo el grado el número de puntos adyacentes, es decir, aquellos con los que guarda un contacto directo. Es usual normalizar la medida con el fin de eliminar el efecto del tamaño de la red y facilitar comparaciones, usando a tal efecto el máximo valor posible del *degree* ($n-1$). La centralidad medida como grado responde al potencial de comunicación del individuo.

La segunda medida, *betweenness*, se basa en la frecuencia con la que un punto se encuentra en la geodésica que une a otros pares de puntos. Esto representa una idea de intermediación ya que,

³ El grado, denominado *degree*, es la medida de los contactos directos que posee un punto dado.

⁴ La geodésica, o camino geodésico, es el camino más corto que une a un par de puntos dados; y, por consiguiente, el camino seguido para establecer la relación.

para que esos puntos se unan, necesitan de la existencia de un tercero. De esta forma, este tercer punto tendrá un poder de influencia en el grupo ocultando o distorsionando la información. Asimismo, goza de gran responsabilidad en el mantenimiento de la comunicación y de un potencial de coordinación. En definitiva, un punto que se encuentre en la línea de comunicación entre otros puntos tiene potencial para controlar la comunicación.

Por último, la medida *closeness*, basada en la cercanía, trata de ver cuán cerca se encuentra un punto respecto al resto de puntos de la red. Este enfoque está igualmente relacionado con el control de la comunicación, pero desde una perspectiva diferente. Puede decirse que trata de evitar el control potencial de los otros puntos sobre la comunicación. La independencia de un punto está determinada por su cercanía a todos los demás puntos del grafo. Así, una mayor centralidad se entiende como mayor independencia respecto a los demás. En el caso de que exista algún punto aislado la definición clásica de *closeness* no es válida en un sentido estricto. La solución, en estos casos, reside en analizar dicha medida en los componentes alcanzables por el punto, es decir, se ignoran los elementos inalcanzables del punto por no pertenecer al mismo componente (LIN, 1976).

2.2. Modelos de gobierno corporativo

Para la contrastación de la hipótesis de convergencia entre ambos modelos se parte del dualismo existente en la literatura sobre sistemas capitalistas, diferenciando, a riesgo de una excesiva simplificación, dos grandes modelos de gobierno corporativo: el modelo anglosajón y el modelo europeo continental (ZYSMAN, 1983; BERGLÖF, 1990; ROE, 1993).

Esta misma diferenciación es la que dio origen al cuerpo de literatura *Law and Finance* y ha dado lugar a numerosos trabajos que tratan de debatir la influencia de los distintos aspectos institucionales en las políticas de la empresa. Los trabajos de LA PORTA y otros (1997 y 1998) son pioneros en esta cuestión y confirman que las diferencias en la toma de decisiones en las empresas son diferentes según los países en los que estas operan y que estas diferencias pueden ser debidas, primeramente, al origen legal de cada país y, posteriormente, a la consecuente concreción de los peculiares aspectos legales e institucionales de cada economía. En terminología de esta corriente se distinguen fundamentalmente dos tradiciones legales: el *common law* y el *civil law*. A la primera vertiente pertenecen los países del ámbito anglosajón y a la segunda los países de tradición europea continental.

A pesar del considerable intercambio internacional de ideas e instituciones, los sistemas de gobierno corporativo son diferentes, incluso entre economías de mercado avanzadas. Quizás la más importante causa sea las diferentes tradiciones legales existentes (LA PORTA y otros, 1998).

El modelo anglosajón, característico de economías como la británica o la americana, se caracteriza por su orientación al mercado, junto a una perspectiva cortoplacista. Aspectos institucionales como la protección que gozan los accionistas y los acreedores en la empresa son factores clave en la formación de sociedades con una estructura de propiedad más diversificada y una mayor tendencia a financiar sus inversiones a través de los mercados frente a otras que muestran una propiedad más

concentrada en grandes accionistas que controlan las decisiones en la empresa y que utilizan en mayor medida la financiación bancaria para obtener fondos para los proyectos empresariales.

Sin embargo, el modelo europeo continental, característico de países como Alemania o Japón, está orientado a inversiones a largo plazo donde los bancos y el peso de la intervención estatal son mayores debido, entre otros factores, al menor desarrollo de los mercados de capitales, así como esa menor protección de los accionistas.

Consecuentemente, el papel de los bancos en el modelo europeo continental es mayor que en el modelo anglosajón. Los bancos se muestran como agentes centrales de la esfera económica de países con dicho modelo, tal y como sucede en España (VELARDE, 1969; MUÑOZ, 1970; TAMAMES, 1966, 1977; TORTELLA y PALAFOX, 1984).

Recientemente, el debate sobre el problema del gobierno de la empresa parece enfocarse hacia una hipótesis de convergencia de ambos sistemas, motivada por la globalización y los cambios acaecidos anexos a la misma (KHANNA, KOGAN y PALEPU, 2002). En defensa de esta tesis de convergencia, HANSMANN y KRAAKMAN (2000) sostienen que está teniendo lugar un proceso de convergencia hacia un único modelo de gobierno donde los directivos deben actuar de acuerdo con los intereses de los accionistas, tanto de los mayoritarios como de los minoritarios. Si bien se plantea una hipótesis de convergencia, en realidad dicha convergencia se traduce en un proceso a través del cual el modelo europeo continental se acerca hacia el modelo anglosajón.

Siguiendo esta línea argumental esperamos que, aun sabiendo que en épocas anteriores los bancos han jugado una posición central en la economía española (VELARDE, 1969; MUÑOZ, 1970; TAMAMES, 1966, 1977; TORTELLA y PALAFOX, 1984), actualmente hayan sido desplazados de la misma, observándose una mayor similitud entre las redes de España y del Reino Unido, apoyando así dicha hipótesis de convergencia. Partiendo de la idea de que el modelo europeo continental se está aproximando hacia las características del modelo anglosajón parece lógico pensar que el peso de los bancos en la esfera económica se vaya reduciendo a lo largo de dicho proceso de convergencia. Por ende, con la ayuda de un análisis comparativo entre las redes sociales de España y Reino Unido se trata de mostrar si este hecho se está produciendo y si, efectivamente, el protagonismo de los bancos en las redes sociales de las principales empresas se está viendo disminuido.

3. MUESTRA Y DATOS

La muestra seleccionada para este estudio se compone de las principales empresas cotizadas de España y de Reino Unido. Concretamente, para el estudio de la evolución de la red en España, se recogen las empresas que pertenecían al índice IGBM en el año 1999 y en el año 2010, según información recabada de BoardEx. Para la elaboración de la red de Reino Unido, y poder realizar el estudio comparativo, se seleccionan aquellas empresas que pertenecían al índice FTSE 100 en el año de 2010, información recabada de BoardEx. En total, nuestra muestra está formada por 94 empresas que forman

la red de Reino Unido, 78 empresas para la red de España del año 2010 y 33 empresas para la red de España del año 1999.

Conviene recordar que la relación que aquí se estudia es la de *interlock*. Por tanto, los datos utilizados para plasmar las relaciones entre las empresas son los obtenidos del análisis de las relaciones de *interlock*. En consecuencia, los principales datos son los consejeros que forman parte del consejo de administración de dichas empresas, así como el hecho de que puedan pertenecer a más de un consejo de administración a la vez simultáneamente, generando por tanto una relación *interlocking* y dando lugar a la formación de la red entre esas empresas. Se trata de una relación profesional, si bien cabe decir que solo muestra una pequeña parte de las relaciones que se podrían manifestar entre los individuos, ya que otras relaciones profesionales y personales no son recogidas en este trabajo.

El hecho de escoger las empresas pertenecientes a los índices IGBM y FTSE 100 se debe a que, a pesar de que cada uno de ellos contenga un número distinto de empresas, al tratarse de un análisis de redes predomina la circunstancia de que la red (la muestra) tenga sentido por sí misma en cuanto a su propia formación. De esta forma, lo más acertado es escoger una muestra que, por definición, ya esté delimitada bajo algún criterio, ya que de esa manera sabremos qué red se está estudiando y evitaremos caer en selecciones erróneas u omisiones de actores. Consecuentemente, en este trabajo el criterio escogido para la elaboración de las redes es el hecho de que las empresas pertenezcan a dichos índices bursátiles.

La muestra y los datos fueron extraídos de la base de datos BoardEx.

4. METODOLOGÍA

Para el análisis de la red social se elabora una matriz de afiliación, donde las filas representan los consejeros y las columnas las empresas. De esta manera, una intersección entre individuo (i) y empresa (j) vendría a indicarnos que esa empresa (j) tiene en su consejo de administración a ese individuo (i). Así, obtenemos una matriz 406×33 , es decir, 406 consejeros que conforman los consejos de administración de las 33 empresas de la red española para el año 1999; otra matriz 849×78 , correspondiente a la red española del año 2010; y, por último, una matriz 894×94 para la red de Reino Unido. Pero la finalidad del presente estudio es ver las relaciones que se dan entre las empresas medidas a través del *interlock*, por tanto, lo que queremos obtener es la matriz de adyacencia en la cual, tanto las filas como las columnas, recojan las empresas. Para ello, transformamos la matriz de afiliación original, obteniendo la matriz de adyacencia, cuyas celdas muestran el número de consejeros comunes que tienen los diversos pares de empresas. A modo de ejemplo, en la **tabla 1**⁵ se puede visualizar como la relación mantenida entre las empresas Abertis-ACS en la red española del año 2010 obtiene un valor de 5, lo cual muestra la existencia de 5 consejeros que se sientan a la vez en los consejos de administración de ambas empresas.

⁵ Por motivos de espacio, al tratarse de una matriz de dimensiones 78×78 , no puede mostrarse la matriz completa de la red española para el año 2010. En su defecto se expone un extracto de la misma.

TABLA 1. Fragmento de la matriz de adyacencia de la red española para el año 2010.

	Abengoa	Abertis	Acciona	Acerinox	Acs	Almirall	...
Abengoa	15	0	0	0	0	0	
Abertis	0	20	0	1	5	0	
Acciona	0	0	13	0	0	0	
Acerinox	0	1	0	15	1	0	
Acs	0	5	0	1	19	0	
Almirall	0	0	0	0	0	9	
...							

Obsérvese que esta matriz es cuadrada por definición al ser una matriz de adyacencia. Además resulta ser simétrica debido a que las relaciones en ella recogidas carecen de direccionalidad. Las relaciones de *interlock* son bidireccionales; si la empresa «A» tiene relación con la empresa «B», la empresa «B» tiene esa misma relación con la empresa «A». Cabe destacar que las relaciones *interlock* carecen de relevancia en su faceta reflexiva, es decir, adolecen de relaciones consigo mismas. Por ello, la interpretación de la diagonal principal no mostrará más información aparte del número de individuos que componen dicho consejo.

Para la elaboración de las matrices y análisis de redes se ha utilizado el *software* UCINET VI (BORGATTI, S.P.; EVERETT, M.G. y FREEMAN, L.C., 2002).

5. RESULTADOS

A continuación, veremos las redes obtenidas para España y el Reino Unido, analizando sus estructuras y las propiedades de las mismas y observando las medidas de centralidad para las empresas que componen dichas redes.

En primer lugar, se pueden visualizar los grafos que muestran las redes de España –años 1999 y 2010– y de Reino Unido –año 2010– (**ilustraciones 1, 2 y 3**, respectivamente). Se ve como cada empresa es un nodo y las relaciones que se dan entre ellas se materializan por medio de líneas que van de unas a otras. Cada línea representa la existencia de al menos un consejero que está sentado en el consejo de administración de ambas empresas, las cuales quedan unidas por esa línea. Es decir, las líneas plasman la existencia de esa relación *interlock*.

ILUSTRACIÓN 1. *Grafo de la red española del año 1999.*

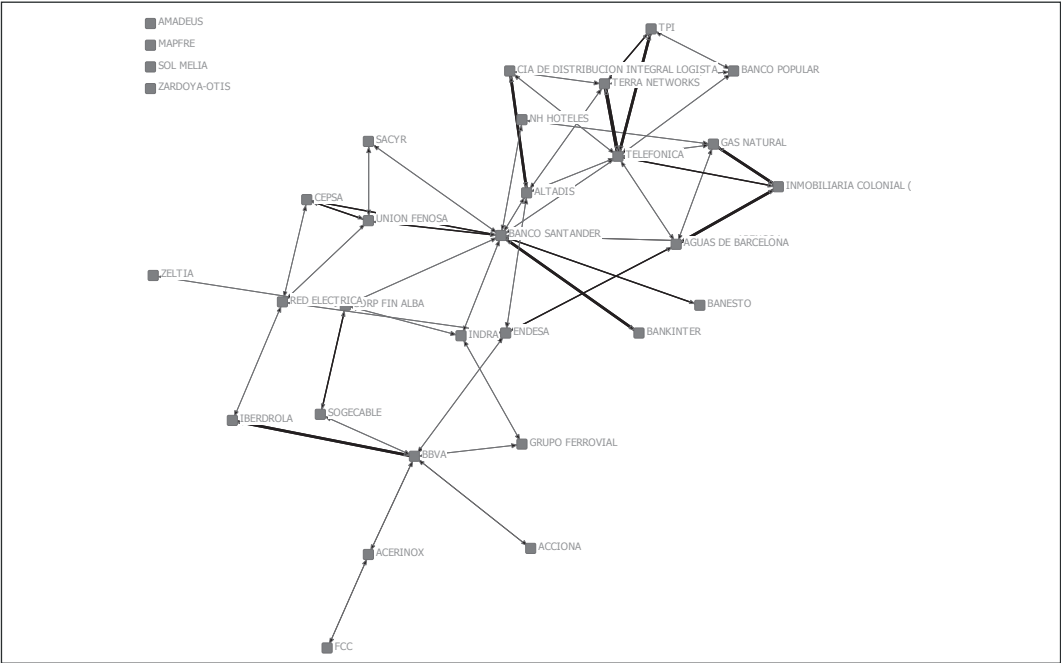


ILUSTRACIÓN 2. *Grafo de la red española del año 2010.*

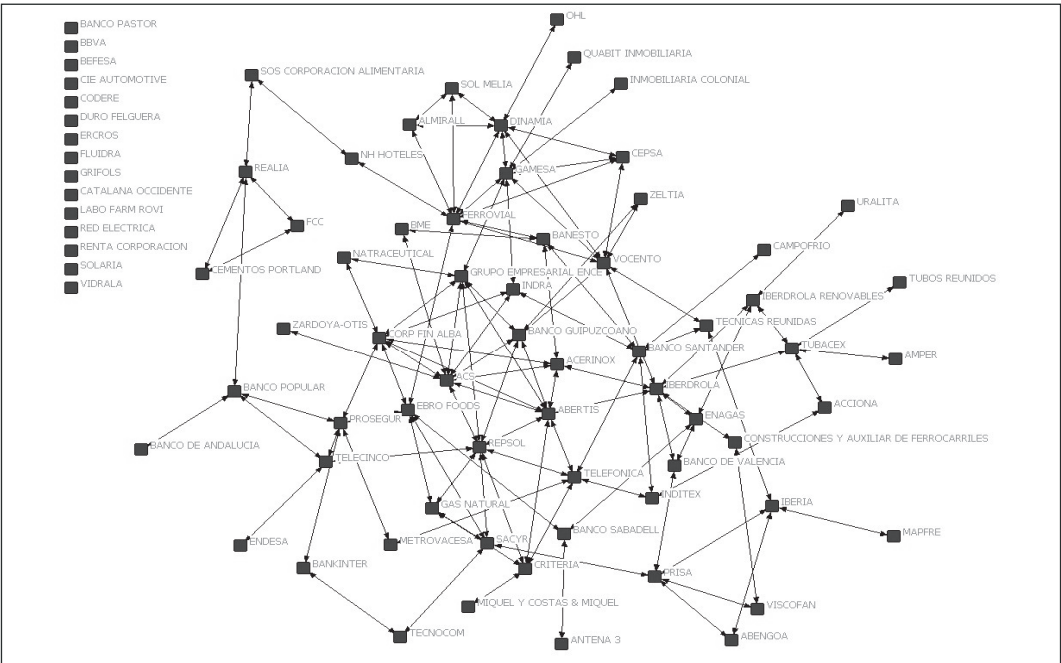
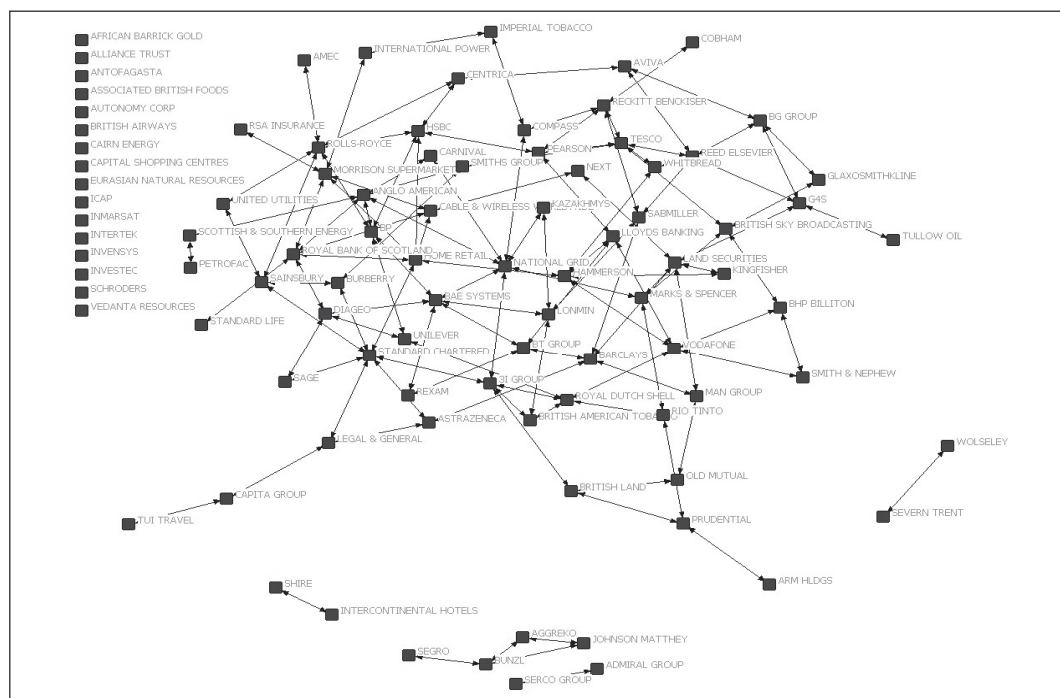


ILUSTRACIÓN 3. Grafo de la red de Reino Unido del año 2010.



En primer lugar, visualizando los diferentes grafos se observa como poseen un número distinto de componentes, diferencia sustancial en el caso de la evolución de la red española de 1999 a 2010. Así, el incremento de empresas pertenecientes a la red se transforma a su vez en incremento del número de componentes, aumentando notablemente el número de elementos aislados, es decir, empresas que no mantienen relación con ninguna otra de la red. Este hecho conllevará una reducción en la densidad de la red. Por otra parte, otra conclusión que se desprende del estudio de la evolución de la red formada por las principales empresas cotizadas españolas entre 1999 y 2010 es respecto a las empresas que se muestran como actores centrales de la red. Así, a simple vista se puede observar como las empresas que parecen más centrales en la red del año 1999 son Banco Santander, BBVA y Telefónica. Por ende, diremos que, en términos generales, la red correspondiente al año 1999 estaba dominada por la centralidad de empresas relacionadas con el sector financiero. Sin embargo, en la red del año 2010 esa realidad ha cambiado. Se observa que empresas como ACS, Repsol o Ferrovial son las que se muestran más centrales; siendo las empresas relacionadas con el sector financiero relegadas hacia posiciones más periféricas dentro de la red, llegando incluso como en el caso de BBVA a mostrarse como un actor aislado. Este hecho descrito en los grafos nos muestra como, efectivamente, la evolución de la red formada por las relaciones *interlocking* entre las principales empresas cotizadas españolas muestra una tendencia de desplazamiento de las empresas del sector financiero desde las posiciones más centrales a posiciones más periféricas. Este hecho derivará en una mayor similitud entre las redes de España y Reino Unido –año 2010–, produciéndose una convergencia entre ambos modelos de gobierno corporativo: el modelo anglosajón y el modelo europeo continental.

Con el objetivo de respaldar estas ideas obtenidas de la visualización de los grafos se procede a analizar las diferentes características de una forma más exhaustiva, usando las medidas oportunas para ello. En primer lugar, se indagará en la estructura de la red, mostrando los componentes que dan forma a la misma y el valor de densidad de dicha red. Y, en segundo lugar, se procederá a realizar el análisis de centralidad a través de las tres medidas expuestas con anterioridad.

Para el estudio de la estructura de las diferentes redes, analizando sus componentes y densidades, se parte de la información recogida en la **tabla 2**.

TABLA 2. Estadísticos descriptivos de las redes de España –años 1999 y 2010– y Reino Unido –año 2010–.

RED	Nº COMPONENTES	Nº EMPRESAS COMPONENTE PRINCIPAL	COMPONENTES CON 2 EMPRESAS	COMPONENTES CON 4 EMPRESAS	Nº AISLADOS	TOTAL EMPRESAS	DENSIDAD
España 1999	5	29 (87,90%)	0	0	4	33	9,09%
España 2010	16	63 (80,80%)	0	0	15	78	3,90%
Reino Unido 2010	21	68 (72,30%)	3	1	16	94	2,90%

Se observa que la red española del año 1999 está compuesta por 5 componentes, de los cuales 4 corresponden a empresas aisladas y el otro al componente principal que alberga a las 29 empresas restantes de la red, lo que representa que el componente principal recoge al 87,90 por 100 de las empresas que forman parte de la red. Por otro lado, la red posee un valor de densidad de 9,09 por 100, es decir, que se materializan en la red el 9,09 por 100 de todas las relaciones que se podrían dar. Realizando estas mismas valoraciones para la red española del año 2010 vemos como se tienen 16 componentes, correspondiendo 15 de ellos a empresas aisladas. Consecuentemente, el componente principal acoge a 63 empresas de un total de 78; lo que representa un 80,80 por 100 del total de empresas de la red. Estos datos nos conducen a una densidad de 3,90 por 100, lo cual significa que la red española muestra un 3,90 por 100 del número total de las relaciones que podría presentar. De esta forma, se observa como ha evolucionado la red formada por las principales empresas cotizadas españolas y que recoge las relaciones entre ellas establecidas por el hecho de compartir consejeros en sus correspondientes consejos de administración. Se aprecia como ha aumentado el número de empresas que forman parte de la red –desde 33 en el año 1999 hasta 78 para la red de 2010–, derivando en un mayor incremento en el número de componentes debido a que el número de empresas aisladas se ha elevado –desde 4 elementos aislados en la red de 1999 hasta 15 en el año 2010–. Esto conduce a que el componente principal albergue mayor porcentaje de empresas en la red de 1999, con un valor de 87,90 por 100 frente a un 80,80 por 100 para 2010. En otras palabras, la red de 1999 se mostraba más cohesionada, aspecto que se refleja en el valor de densidad; valor que se ha visto considerablemente reducido desde un 9,09 por 100 en 1999 a un 3,90 por 100 en 2010. En conclusión, la evolución de la red española nos muestra como ha ganado en tamaño a la vez que ha caminado hacia una mayor dispersión, obteniendo una red con mayor número de empresas pero menos relaciones entre ellas y aumentando considerablemente el número de empresas aisladas que forman parte de la misma.

A continuación se muestra la comparación entre la red española correspondiente al año 2010 y la red de Reino Unido para ese mismo año. Partiendo de las mismas características expuestas con anterioridad se observa que para el caso de Reino Unido el número de componentes presentes en la red es mayor: 21 componentes –de los cuales 16 son elementos aislados–. Un elemento diferenciador en esta red es la existencia de 3 componentes formados por 2 empresas cada uno de ellos. El componente principal contiene 68 empresas, lo que representa un 72,30 por 100 de las empresas que forman la red global. Este porcentaje es menor que en el caso de la red española, lo que indica que la red del Reino Unido es más dispersa o menos densa. Este hecho queda reflejado en un menor valor de densidad: un 2,90 por 100. De esta forma, se observa como la red española posee un tamaño ligeramente menor, con un número similar de empresas aisladas y un valor de densidad levemente superior. Aparte de estas ligeras diferencias se puede observar como ambas redes presentan características similares en cuanto a su formación y estructura.

Cabe destacar un aspecto relevante en cuanto a la interpretación de la densidad. Aparentemente, los valores mostrados por la medida de densidad de las redes analizadas pueden no parecer valores muy elevados, conduciéndonos a pensar que estamos ante redes poco densas, pero antes de llegar a ninguna conclusión debemos reflexionar sobre una circunstancia: la densidad puede tomar valores entre 0 y 1 (0-100%), medidos en términos absolutos que no siempre encuentran justificación en la realidad. En base a esto, podemos hablar de un máximo absoluto, el 100 por 100 de densidad, que representa el máximo de las relaciones posibles; o podemos hablar de un máximo relativo, dependiente de la realidad que estemos investigando, ya que en determinadas situaciones no es posible mantener todas las relaciones que se podrían dar. En nuestro caso, un consejero puede estar sentado en varios consejos de administración a la vez, pero para que ese consejero aporte una densidad máxima al conjunto de la red, debería formar parte de cada consejo de administración de todas las empresas que forman la red. La cuestión es: ¿es posible que un consejero mantenga tantos puestos como empresas existentes? Es obvio que no, puesto que no hay tiempo material para mantener todas esas relaciones de *interlock*. De esta forma, llegamos a la conclusión de que el valor de densidad del 100 por 100 es un valor absoluto, matemático, pero que no se corresponde con nuestra realidad, por lo que no podemos valorar los resultados obtenidos tomando de referencia el 100 por 100. Bajo esta premisa obtendremos que cuanto mayor sea el tamaño de la red, menor será el valor de la densidad obtenida, puesto que llega un momento en el cual un consejero no puede mantener más relaciones. De este modo, a medida que el número de empresas se vea aumentado, se verá reducido el valor de la densidad.

Una vez realizado el estudio de la estructura de la red se procede a exponer el análisis de centralidad. El objetivo es analizar qué empresas se muestran como agentes más centrales de la red, observando si las empresas relacionadas con el sector financiero se han visto desplazadas de las posiciones más centrales que tradicionalmente venían disfrutando, consecuencia del modelo de gobierno europeo continental propio de España. Para la consecución de este objetivo se analiza la evolución acaecida en la centralidad de las empresas en la red española para los años 1999 y 2010. Posteriormente se realiza una comparación entre las redes de España –año 2010– y de Reino Unido –mismo año–; redes que representan los dos grandes modelos de gobierno corporativo: el modelo europeo continental y el modelo anglosajón respectivamente. Así, con el análisis de centralidad en su conjunto se podrá contrastar la hipótesis de convergencia entre ambos modelos (KHANNA, KOGAN y PALEPU, 2002).

Para el estudio de la centralidad de las diferentes empresas que componen las redes nos servimos de las tres principales medidas en el Análisis de Redes Sociales, ya expuestas con anterioridad: *degree*, *betweenness* y *closeness*.

En primer lugar, se procede a analizar la evolución acaecida en la red de España. En la **tabla 3**⁶ se recoge la información correspondiente a las 3 empresas más centrales en función de las 3 medidas –*degree*, *betweenness* y *closeness*– para la red española en los años 1999 y 2010⁷.

TABLA 3. Medidas de centralidad de las 3 empresas más centrales de la red española –años 1999 y 2010–.

ESPAÑA 1999			ESPAÑA 2010		
EMPRESA	DEGREE	DEGREE NORMALIZADO	EMPRESA	DEGREE	DEGREE NORMALIZADO
Banco Santander	11 (16)	34,375	Acs	9 (17)	11,688
Telefónica	9 (15)	28,125	Abertis	9 (15)	11,688
BBVA	6 (8)	18,75	Ferrovial	9 (11)	11,688
			Repsol	9 (15)	11,688
EMPRESA	BETWEENNESS	BETWEENNESS NORMALIZADO	EMPRESA	BETWEENNESS	BETWEENNESS NORMALIZADO
Banco Santander	185,367	37,372	Iberdrola	419,498	14,337
BBVA	99,083	19,976	Ferrovial	325,531	11,125
Telefónica	90,6	18,266	Vocento	281,207	9,611
EMPRESA	CLOSENESS NORMALIZADO		EMPRESA	CLOSENESS NORMALIZADO	
Banco Santander	17,204		Repsol	5,789	
Altadis	16,754		Abertis	5,776	
Telefónica	16,58		Vocento	5,776	
			Ferrovial	5,776	

Para el análisis de dicha evolución solamente se hará mención a las empresas que ostentaban las posiciones de centralidad, sin detenerse en la valoración de los valores de las medidas. Esta circunstancia responde a que las redes presentadas distan bastante en su tamaño y, a pesar de que las medidas normalizadas eliminen el efecto del tamaño, nos puede llevar a conclusiones no muy exactas. En cualquier caso, el objetivo último es observar qué empresas se muestran como actores más centrales de la red, y si estas han sufrido modificación en el proceso evolutivo de la red, posponiendo el análisis más completo para el caso comparativo entre España y Reino Unido.

Como ya se mencionó al realizar la valoración de las observaciones de los grafos, queda patente como en la red del año 1999 las empresas más centrales son Banco Santander, Telefónica y BBVA,

⁶ La columna *degree* muestra 2 valores. El primero de ellos hace referencia al número de contactos directos que mantiene una empresa con otras de la red; el segundo, entre paréntesis, muestra el número de *interlocks* que dan lugar a ese primer valor.

⁷ En la medida de *degree* y *closeness* del año 2010 se muestran 4 empresas en vez de 3 debido a que estas últimas presentan el mismo valor.

independientemente de la medida de centralidad escogida, excepto en la medida *closeness* donde BBVA deja de ser una de las 3 empresas más centrales para dar entrada a Altadis. Dentro de ellas, Banco Santander se posiciona como la más central en cualquiera de las medidas que se escoja. Por ende, se concluye que en 1999 la red de las principales empresas cotizadas españolas mostraba gran centralidad por parte de las empresas relacionadas con el sector financiero. La evolución de la red ha caminado hacia un desplazamiento de dichas empresas, otorgando el protagonismo a otras empresas no relacionadas con el sistema financiero. Así, para la red de 2010, se observa que las empresas con mayor centralidad son más dispersas en función a la medida de centralidad escogida, destacando ACS, Abertis, Ferrovial y Repsol para el caso del *degree*; Iberdrola, Ferrovial y Vocento en la medida de *betweenness*, y Repsol, Abertis y Vocento bajo la centralidad medida por *closeness*. En cualquier caso se observa que en ninguna de ellas hay presencia de empresas relacionadas con el sector financiero. En conclusión, la evolución de la red nos muestra como efectivamente ha habido un relevo en las posiciones más centrales de la misma. Empresas relacionadas con el sector financiero, que tradicionalmente han poseído un papel central en la esfera económica, se han visto relegadas a posiciones más periféricas dentro de la red.

Este primer paso nos acerca a la idea de esa convergencia entre modelos de gobierno, pero para un mayor análisis se procede a realizar el estudio comparativo entre las redes de España y Reino Unido. De nuevo se hace uso de las 3 medidas de centralidad: *degree*, *betweenness* y *closeness*; pero en este caso se muestran las 10 empresas con mayor centralidad en cada caso debido a que ambas redes poseen un tamaño superior y similar, realizando un análisis más exhaustivo de las medidas. Estas medidas se muestran en las **tablas 4, 5 y 6**.

Analizando en primer lugar el *degree* (**tabla 4**⁸), observamos como en la red española existen valores mayores: ACS posee un *degree* de 9 (valor normalizado: 11.688) lo cual quiere decir que mantiene un contacto directo con otras 9 empresas de la red. Sin embargo, estos 9 contactos se establecen en base a 17 relaciones de *interlock* de sus consejeros. Esta circunstancia indica que las relaciones mantenidas entre empresas de la red española suelen materializarse por medio de varios consejeros. En cambio, en el caso de la red inglesa, los valores de contactos directos entre empresas suelen coincidir con el número de consejeros que poseen relaciones de *interlocking*. Esto nos lleva a concluir que la red española muestra mayor número de relaciones y que estas a su vez son de mayor intensidad, lo que supone la existencia de un mayor número de consejeros que sirven en varias empresas a un mismo tiempo.

Respecto a las empresas más centrales, según la medida de *degree*, obtenemos que para el caso español destacan ACS, Abertis, Ferrovial y Repsol, cada una de ellas con un valor de 9 (valor normalizado: 11.688); y para el caso inglés, National Grid y Standard Chartered, con un valor de 7 (valor normalizado: 7.527). En ambas redes vemos como dentro de esas 10 empresas más centrales no existe un predominio claro por parte de empresas del sector bancario, a pesar de que en la red inglesa encontramos empresas relacionadas con dicho sector, tales como Standard Chartered y Royal Bank of Scotland. Estas empresas, aun ocupando un puesto en el Top 10 de empresas centrales según el *degree*, no manifiestan relaciones tan intensas como en el caso español.

⁸ La columna *degree* muestra 2 valores. El primero de ellos hace referencia al número de contactos directos que mantiene una empresa con otras de la red; el segundo, entre paréntesis, muestra el número de *interlocks* que dan lugar a ese primer valor.

TABLA 4. Empresas más centrales y sus valores en función a la medida degree.

ESPAÑA			REINO UNIDO		
EMPRESA	DEGREE	DEGREE NORMALIZADO	EMPRESA	DEGREE	DEGREE NORMALIZADO
Acs	9 (17)	11,688	National Grid	7 (7)	7,527
Abertis	9 (15)	11,688	Standard Chartered	7 (8)	7,527
Ferrovial	9 (11)	11,688	Anglo American	6 (6)	6,452
Repsol	9 (15)	11,688	Bae Systems	6 (6)	6,452
Iberdrola	8 (10)	10,39	Land Securuties	6 (6)	6,452
Gamesa	8 (8)	10,39	Tesco	6 (7)	6,452
Vocento	8 (8)	10,39	Royal Bank of Scotland	6 (6)	6,452
Corp Fin Alba	8 (12)	10,39	Reed Elsevier	6 (6)	6,452
Grupo Empresarial Ence	7 (7)	9,091	Rolls-Royce	6 (6)	6,452
Dinamia	7 (9)	9,091	Home Retail	6 (6)	6,452

En cuanto a la medida de *betweenness* (tabla 5), al comparar los valores normalizados de ambas redes a fin de eliminar el efecto de tamaño de red, se vuelve a ver como los valores son mayores para el caso español.

Por otro lado, analizando qué empresas son las que gozan de mejor posición en la red respecto a la medida de *betweenness*, podemos observar que en el caso de la red de España empresas como ACS o Abertis pierden posiciones de centralidad si se valora su grado de intermediación. Esto se debe a que, a pesar de que poseen un número elevado de relaciones directas con otros actores de la red, su posición general en la misma no es tan imprescindible para mantener en contacto a otros pares de actores. Por el contrario, Ebro Foods o Banco Popular juegan un papel más importante como intermediarios, a pesar de no encontrarse en el Top 10 de las empresas con mayor *degree*. Por otro lado, empresas como Ferrovial, Vocento o Repsol siguen mostrando una centralidad en la red.

En el caso de Reino Unido las diferencias entre la centralidad medida por el *degree* y la mostrada por *betweenness* son menores, ya que las empresas que anteriormente ocupaban posiciones más centrales, National Grid y Standard Chartered, continúan siéndolo. Aun así, vemos empresas como Tesco, que siendo actor central en lo que al *degree* respecta, pierde posiciones como intermediario. Y, en el caso contrario, tenemos empresas que entran a formar parte de las 10 empresas más centrales según el valor de *betweenness* y que no lo eran bajo el *degree*, como 31 Group, Marks & Spencer o Barclays.

En este caso, bajo la centralidad medida a través de *betweenness*, vemos como Banco Popular destaca en la red española, aunque lo hace en octava posición y careciendo de un mayor peso referente a su *degree*. En la red de Reino Unido encontramos 3 empresas relacionadas con el sector bancario dentro de las 10 principales: Standard Chartered, Royal Bank of Scotland y Barclays. Este hecho parece mostrar que las empresas relacionadas con el sector bancario son más centrales en la red de Reino Unido que en la española.

TABLA 5. Empresas más centrales y sus valores en función a la medida *betweenness*.

ESPAÑA			REINO UNIDO		
EMPRESA	BETWEENNESS	BETWEENNESS NORMALIZADO	EMPRESA	BETWEENNESS	BETWEENNESS NORMALIZADO
Iberdrola	419,498	14,337	Standard Chartered	362,604	8,476
Ferrovial	325,531	11,125	National Grid	318,793	7,452
Vocento	281,207	9,611	Home Retail	295,792	6,914
Ebro Foods	265,544	9,075	31 Group	255,538	5,973
Repsol	261,937	8,952	Anglo American	242,919	5,678
Prosegur	235,783	8,058	Land Securuties	219,548	5,132
Abertis	194,275	6,64	Marks & Spencer	200,588	4,689
Banco Popular	192,407	6,576	Barclays	168,686	3,943
Sacyr	172,767	5,905	Royal Bank of Scotland	165,503	3,869
Gamesa	172,487	5,895	Bae Systems	159,251	3,723

Por último, en lo referente a la medida de *closeness* (tabla 6⁹), de nuevo obtenemos valores mayores para la red española. Ferrovial, Vocento, Repsol, Abertis, Iberdrola y Gamesa son actores centrales independientemente de la medida de centralidad que se escoja, y continúan siéndolo en este caso. Por otro lado, tenemos empresas que se muestran centrales según la medida de *closeness* y que no lo eran según el *degree* o *betweenness*, como Banco Guipuzcoano y Acerinox. Finalmente, Prosegur, empresa que se mostraba central en *betweenness*, deja de serlo valorando la medida de *closeness*.

En el caso de la red inglesa tenemos, al igual que sucedía con las anteriores medidas, que la rotación para ocupar el Top 10 de las empresas más centrales es menor. Las empresas Standard Chartered, National Grid, Home Retail, Anglo America, Land Securuties, Bae Systems y Royal Bank of Scotland se mantienen como actores centrales independientemente de la medida escogida. Pero a pesar de su mayor constancia también hay algún cambio. Tal es el caso de HSBC que, no destacando ni en *degree* ni en *betweenness*, posee una centralidad destacada bajo esta medida; por el contrario, Barclays, empresa que se mostraba central respecto a su *betweenness*, pierde peso en lo referente al *closeness*.

De nuevo, vemos como la situación se mantiene respecto a las empresas relacionadas con el sector bancario. En la red española únicamente Banco Guipuzcoano se muestra como actor central y lo hace en la última posición del Top 10 de empresas más centrales. Mayor es la presencia de tales empresas en la red de Reino Unido, en la cual aparecen nuevamente Standard Chartered, Royal Bank of Scotland y HSBC que ocupa la posición de Barclays en la centralidad medida por medio de *betweenness*. Sin embargo, recordemos de nuevo como las relaciones en la red inglesa se daban con menos intensidad que en la red española, de forma que una empresa aun siendo más central por cualquier medida no diferirá excesivamente respecto a otras con menos centralidad.

⁹ En el cuadro 4, a pesar de ser el Top 10, se observan 12 y 11 empresas para España y Reino Unido, respectivamente, dado que las últimas, en ambos casos, poseen el mismo valor.

TABLA 6. *Empresas más centrales y sus valores en función a la medida closeness.*

ESPAÑA		REINO UNIDO	
EMPRESA	CLOSENESS NORMALIZADO	EMPRESA	CLOSENESS NORMALIZADO
Repsol	5,789	National Grid	3,536
Abertis	5,776	Home Retail	3,529
Vocento	5,776	Standard Chartered	3,527
Ferrovial	5,776	3i Group	3,524
Ebro Foods	5,772	Anglo American	3,517
Corp Fin Alba	5,768	Hammerson	3,516
Iberdrola	5,763	Bae Systems	3,516
Grupo Empresarial Ence	5,742	HSBC	3,513
Acerinox	5,729	Marks & Spencer	3,512
Acs	5,721	Royal Bank of Scotland	3,507
Gamesa	5,721	Land Securuties	3,507
Banco Guipuzcoano	5,721		

Como resumen del análisis de centralidad de ambas redes, concluimos que la red formada por las empresas de España muestra valores más altos en todas las medidas de centralidad. Esta circunstancia se deriva del hecho de que constituye una red más densa, en la cual las relaciones entre empresas son más abundantes y además lo son con mayor intensidad. Destacan como actores centrales de la red española Ferrovial, Vocento, Repsol, Abertis, Iberdrola y Gamesa, las cuales se mantienen en el Top 10 de las empresas con mayor centralidad, independientemente de qué medida se escoja; y Standard Chartered, National Grid, Home Retail, Anglo America, Land Securuties, Bae Systems y Royal Bank of Scotland en el caso de la red inglesa.

Las empresas relacionadas con el sector bancario no se sitúan en una posición central en la red española, con lo que el peso bancario se ve desplazado hacia una posición de equidad con los demás actores. De esta forma, han perdido la posición privilegiada de centralidad que tradicionalmente venían disfrutando (VELARDE, 1969; MUÑOZ, 1970; TAMAMES, 1966, 1977; TORTELLA y PALAFOX, 1984), acercándose en mayor medida a las redes formadas por economías caracterizadas por poseer un modelo anglosajón, como la inglesa, en las cuales podemos ver qué empresas relacionadas con el sector bancario poseen un mayor protagonismo que en la red española. Si bien es cierto que poseen posiciones más centrales, sus relaciones son menos intensas, lo que las privará de una diferenciación respecto a otras empresas de la misma red con menores valores de centralidad. Por tanto, estos resultados nos conducen a apoyar la hipótesis de convergencia entre ambos modelos (KHANNA, KOGAN y PALEPU, 2002).

6. CONCLUSIONES Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Las redes sociales son un importante factor a tener en cuenta para poder conocer la realidad de una empresa. De sus relaciones pueden derivarse, por un lado, efectos positivos, como ventajas comparativas o mejoras en la función de asesoramiento; y por otro, efectos negativos, como un menor control de los consejeros sobre el directivo. Esta circunstancia plantea un verdadero *trade-off* entre

ventajas e inconvenientes de la presencia de redes sociales en las empresas, derivando en efectos de signo mixto sobre el valor de una empresa.

Con el ánimo de contribuir al estudio de las redes sociales, y en concreto a las relaciones de *interlocking*, hemos realizado un estudio sobre la evolución de la red de las principales empresas cotizadas españolas, pertenecientes al índice IGBM, para los años 1999 y 2010, materializándose las relaciones establecidas entre las empresas por medio de los consejeros que comparten más de un consejo de administración, vinculando a las empresas de las que dichos consejeros son miembros. De la misma manera se ha realizado un análisis comparativo entre la red española del año 2010 y la red de Reino Unido para el mismo año, albergando esta última a las empresas que forman parte del índice FTSE 100. Consecuentemente se han obtenido 3 redes: la red española para el año 1999 formada por 33 empresas; la red española correspondiente al año 2010, englobando a 78 empresas, y la red inglesa para el año 2010 con un número de 94 empresas. La muestra se obtuvo de la base de datos BoardEx.

Para la elaboración y examen de las redes se ha procedido a mostrar las principales características recogidas en el análisis de redes sociales. De esta forma, se muestra la densidad de cada red, los componentes que la forman, la intensidad relacional, así como el estudio de centralidad partiendo de las tres principales medidas empleadas para el análisis de redes sociales: *degree*, *betweenness* y *closeness*.

Valorando los resultados obtenidos se observa como la red española ha evolucionado hacia una red con mayor tamaño –desde 33 en el año 1999 hasta 78 para la red de 2010–, incrementándose el número de componentes –traduciéndose en mayor número de empresas aisladas, de 4 a 15–, y conduciendo todo ello a una red menos densa –con una disminución de dicho valor desde un 9,09% en 1999 a un 3,90% en 2010–. En otras palabras, la red ha ganado en tamaño a la vez que ha caminado hacia una mayor dispersión, obteniendo una red con mayor número de empresas pero menos relaciones entre ellas y aumentando considerablemente el número de empresas aisladas que forman parte de la misma.

En relación con la comparación de la estructura de la red de España y de Reino Unido se evidencia que la red española posee menor número de componentes que la de Reino Unido, 16 frente a 21, y como el componente principal recoge mayor proporción de empresas, 80,80 por 100 frente a 72,30 por 100. Este resultado se traduce en que en la red española se materializa un mayor número de relaciones, lo que queda reflejado en el valor de la densidad, un 3,90 por 100 para el caso de España y un 2,90 por 100 para el de Reino Unido.

Respecto al análisis de centralidad, la evolución de la red española nos muestra como ha habido un cambio en las posiciones más centrales de la red. Estas posiciones han sido tradicionalmente ostentadas por empresas relacionadas con el sector financiero, como se observa en la red española de 1999 donde el Banco Santander se muestra la empresa más central en las 3 medidas de centralidad; sin embargo, la evolución de la red ha desplazado a las empresas relacionadas con el sector financiero a posiciones más periféricas de la red, ocupando en la red del año 2010 las posiciones más centrales empresas como ACS, Ferrovial o Repsol entre otras. Esta primera idea ya respalda la hipótesis de una convergencia entre los dos grandes modelos de gobierno corporativo: el modelo europeo continental y el modelo anglosajón.

Observando el análisis de centralidad en la comparación entre las redes de España y de Reino Unido para el año 2010 se desprende que la red española muestra valores más elevados en las tres medidas. Además, las relaciones mantenidas por empresas de la red de España manifiestan una mayor intensidad relacional. En el caso español, son actores centrales Ferrovial, Vocento, Repsol, Abertis, Iberdrola y Gamesa, quienes se mantienen en el Top 10 de las empresas con mayor centralidad, independientemente de qué medida se escoja; y Standard Chartered, National Grid, Home Retail, Anglo America, Land Securities, Bae Systems y Royal Bank of Scotland lo son en el caso de la red inglesa. Así, en la red española se observa que ninguna de las empresas más centrales está relacionada con el sector financiero; sin embargo, en el caso inglés la presencia de empresas relacionadas con dicho sector es mayor: Standard Chartered y Royal Bank of Scotland, aunque sus relaciones son más débiles, limitando así su peso en la red. Por tanto, comparando la red de España, país tradicionalmente caracterizado por un modelo de gobierno corporativo europeo-continental; y la de Reino Unido, caracterizado por un modelo anglosajón, se puede analizar y contrastar la hipótesis de convergencia entre ambos modelos, dado que en el primer caso las empresas relacionadas con el sector bancario se han visto desplazadas de las posiciones que tradicionalmente venían ocupando como actores centrales, asemejándose así al modelo anglosajón característico de Reino Unido.

Un aspecto importante de este trabajo es la amplitud de líneas futuras de investigación. Tal y como se mostró al comienzo del mismo, las redes sociales se muestran como una nueva ventana en el estudio de gobierno corporativo, abarcando aspectos tan diversos como las retribuciones, la toma de decisiones o el papel disciplinador que desarrollan los consejeros de administración. Se ha creído necesario mostrar una descripción de la red formada por las principales empresas cotizadas españolas, analizando sus centralidades para en trabajos posteriores argumentar cómo afectan esas posiciones de centralidad en el desarrollo de la empresa. Futuros trabajos tienen que ir en la dirección de esclarecer qué efectos tienen para la empresa esas medidas de centralidad, y cómo se puede crear o destruir valor a partir de las mismas.

Bibliografía

- BARABÁSI, A.L. [2002]: *Linked-The new science of networks*, Ed. Perseus Publishing, Cambridge, MA.
- BARNEA, A. y GUEDJ, I. [2007]: «Ceo compensation and director networks», *Manuscript*.
- BAVELAS, A. [1948]: «A Mathematical Model for Group Structure», *Applied Anthropology*, vol. 7, págs. 16-30.
- BERGLÖF, E. [1990]: «Capital structure and mechanisms of control: a comparison of financial Systems», en AOKI, M.; GUSTAFSON, B. y WILLIAMSON, O. (eds.), *The Firm as a Nexus of Treaties*, Ed. Sage, London, págs. 237-262.
- BORGATTI, S.P.; EVERETT, M.G. y FREEMAN, L.C. [2002]: *UCINET VI*.
- BURT, R.S. [1980]: «Models of Network Structure», *Annual Review of Sociology*, vol. 6, págs. 79-141.
- [1997]: «The contingent value of social capital», *Administrative Science Quarterly*, vol. 42, n.º 2, págs. 339-365.
- CHANDLER, A.D. [1977]: *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Ed. Belknap Press, Cambridge, Mass.
- COHEN, L.; FRAZZINI, A. y MALLOY, C. [2008]: «The small world of investing: Board connections and mutual fund returns», *Journal of Political Economy*, vol. 116, n.º 5, págs. 951-979.

- FRACASSI, C. [2008]: «Corporate Finance Policies and Social Networks», *Working paper*.
- FREEMAN, L.C. [1978/79]: «Centrality in Social Networks: Conceptual Clarification», *Social Networks*, 1, págs. 215-239.
- HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. [2000]: «The end of history for corporate law», *Working Paper*, New Haven: Yale Law School.
- KHANNA, T.; KOGAN, J. y PALEPU, K. [2002]: «Globalization and corporate governance convergence? A cross country analysis», *Working Paper*, Harvard Business School.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ DE SILANES, F.; SHLEIFER, A. y VISHNY, R. [1997]: «Legal determinants of external finance», *Journal of Finance*, vol. 52 (3), págs. 1.131-150.
- [1998]: «Law and Finance», *Journal of Political Economy*, vol. 106 (6), pag. 1.113-1.115.
- LIN, N. [1976]: *Foundations of Social Research*, Ed. McGraw-Hill, New York.
- MINTZ, B. y SCHWARTZ, M. [1985]: *The Power Structure of American Business*, Ed. University of Chicago Press, Chicago.
- MIZRUCHI, M. [1996]: «What Do Interlocks Do? An Analysis Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates», *Annual Review of Sociology*, vol. 22, págs. 271-298.
- MIZRUCHI, M. y SCHWARTZ, M. [1987]: *Intercorporate Relations*, Ed. Cambridge University Press, New York.
- MIZRUCHI, M. y STEARNS, L. [1988]: «A Longitudinal Study of the Formation of Interlocking Directorates», *Administrative Science Quarterly*, vol. 33, n.º 2, págs. 194-210.
- MORENO, J. [1934]: *Who Shall Survive?*, Ed. Beacon Press, New York.
- MUÑOZ, J. [1970]: *El poder de la Banca en España*, Ed. Zero, Vizcaya.
- NAHAPIET, J. y GHOSHAL, S. [1998]: «Social capital, intellectual capital, and the organizational advantage», *The Academy of Management Review*, vol. 23, n.º 2, págs. 242-266.
- PFEFFER, J. y SALANCIK, G.R. [1978]: *The External Control of Organizations: A Resource Dependence Perspective*, Ed. Harper and Row, New York.
- ROE, M. [1993]: «Some differences in corporate structure in Germany, Japan and the United States», *Yale Law Journal*, vol. 102, n.º 8, págs. 1.927-2.003.
- SALANCIK, G.R. [1995]: «Wanted: a good network theory of organization», *Administrative Science Quarterly*, vol. 40, págs. 345-349.
- SCOTT, J. [2000]: *Social Network Analysis: a handbook*. Second Edition, Ed. SAGE Publications, London.
- SUBRAHMANYAM, A. [2008]: «Social Networks and Corporate Governance», *European Financial Management*, vol. 14, n.º 4, págs. 633-662.
- TAMAMES, R. [1966]: *La lucha contra los monopolios*, Ed. Tecnos, Madrid.
- [1977]: *La oligarquía financiera en España*, Ed. Planeta, Barcelona.
- TORTELLA, G. y PALAFOX, J. [1984]: «Banking and industry in Spain, 1918-1936», *Journal of European Economic History*, vol. 13, n.º 2, págs. 81-111.
- VELARDE, J. [1969]: *Sobre la decadencia económica de España*. Ed. Tecnos, Madrid.
- WILLIAMSON, O.E. [1985]: *The Economic Institutions of Capitalism*, Ed. Free Press, New York.
- ZIEGLER, R.; STOCKMAN, F. y SCOTT, J. [1985]: *Networks of Corporate Power. A Comparative Analysis of Ten Countries*, Ed. Brasil Blackwell, New York.
- ZYSMAN, J. [1983]: *Governments, Markets, and Growth: Financial Systems and the Politics of Industrial Change*, Ed. Cornell University Press, Ithaca.

LAS TRANSACCIONES SEPARADAS EN LAS COMBINACIONES DE NEGOCIOS SEGÚN EL REAL DECRETO 1159/2010

ELENA MERINO MADRID

*Profesora Asociada. Universidad de Castilla-La Mancha.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ciudad Real*

MONTSERRAT MANZANEQUE LIZANO

*Profesora Contratada Doctora. Universidad de Castilla-La Mancha.
Facultad de Ciencias Sociales. Cuenca*

REGINO BANEGAS OCHOVO

*Catedrático. Universidad de Castilla-La Mancha.
Facultad de Ciencias Sociales. Cuenca*

Extracto:

EL Real Decreto 1159/2010 ha modificado determinados aspectos de la norma de registro y valoración 19.^a (NRV 19.^a), contenida en el Real Decreto 1514/2007, por el que se aprobó el actual Plan General de Contabilidad.

Este trabajo pretende profundizar en el tratamiento específico que la citada norma atribuye a las denominadas «transacciones separadas», ya que suponen un desarrollo explícito y de cierta novedad con respecto al anterior texto de la NRV 19.^a.

Palabras clave: combinaciones de negocio, transacciones separadas y Real Decreto 1159/2010.

SEPARATE TRANSACTIONS ON BUSINESS COMBINATIONS UNDER THE ROYAL DECREE 1159/2010

ELENA MERINO MADRID

*Profesora Asociada. Universidad de Castilla-La Mancha.
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ciudad Real*

MONTSERRAT MANZANEQUE LIZANO

*Profesora Contratada Doctora. Universidad de Castilla-La Mancha.
Facultad de Ciencias Sociales. Cuenca*

REGINO BANEGAS OCHOVO

*Catedrático. Universidad de Castilla-La Mancha.
Facultad de Ciencias Sociales. Cuenca*

Abstract:

Royal Decree 1159/2010 has modified certain aspects of the statement of registration and assessment 19.^a (NRV 19.^a), contained in Royal Decree 1514/2007, which approved the current Spanish Accounting Standards.

This paper aims at analyzing the specific treatment that rule attributed to the so-called «separate transactions», since these transactions represent a new and explicit development compared to the previous text of the NRV 19.^a.

Keywords: business combinations, separate transactions and Royal Decree 1159/2010.

Sumario

1. Introducción.
2. Concepto de transacción separada.
3. Particularidades de transacciones separadas expuestas en el Real Decreto 1159/2010.
 - 3.1. Cancelación de relaciones preexistentes entre adquirente y adquirida.
 - 3.2. La sustitución de acuerdos de sistemas de remuneración basados en instrumentos de patrimonio a los trabajadores o anteriores propietarios de la adquirida.
 - 3.3. La compensación por haber recibido un negocio deficitario.
4. Otros aspectos particulares de las transacciones separadas.
 - 4.1. Remuneración a los trabajadores o antiguos propietarios de la adquirida por servicios futuros.
 - 4.2. Reembolso a la adquirida o a sus antiguos propietarios de los gastos asumidos y pagados concernientes a la adquisición e imputables a la adquirente.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la incorporación, en el ámbito europeo, de las Normas Internacionales de Contabilidad (IFRS) y la homogeneización de estas con la normativa americana (FAS), la normativa contable española se encuentra sometida a continuos cambios. Estos se producirán con cierta asiduidad, dado el condicionamiento de las directrices de la Unión Europea (UE) conducentes a la incorporación de los futuros desarrollos armonizadores de ambas normativas contables.

En este contexto, los cambios introducidos en la Financial Accounting Standard 141 [FAS 141(R), 2007] americana y en la International Financial Reporting Standard 3 [IFRS 3(R), 2008], ambas referentes a las combinaciones de negocios, han derivado en la promulgación del Reglamento 495/2009 de la UE y, posteriormente, en nuestro país, a la publicación del Real Decreto 1159/2010 por el que se han modificado determinados aspectos de la Norma de Registro y Valoración 19.^a (NRV 19.^a), contenida en el Real Decreto 1514/2007 por el que se aprobó el actual Plan General de Contabilidad (PGC) de 2007.

Así pues, este trabajo trata de profundizar en el tratamiento específico que la citada norma atribuye a las denominadas «transacciones separadas» por cuanto supone un desarrollo explícito y de cierta novedad con respecto al anterior texto del PGC, NRV 19.^a, de 2007.

En este sentido, resulta evidente que no ha sido hasta la actual reforma cuando se ha puesto de manifiesto la problemática de identificar las transacciones que se producen, o no, como consecuencia de la combinación de negocios. El tratamiento contable de esta disyuntiva y su efecto sobre el reconocimiento y valoración del fondo de comercio derivado de la combinación de negocios constituye el objetivo de este trabajo.

2. CONCEPTO DE TRANSACCIÓN SEPARADA

La práctica ha revelado que diversas combinaciones de negocios van unidas a determinadas transacciones que, por sus características particulares, no forman parte de la propia combinación y que, en consecuencia, no deben considerarse como parte de la contraprestación entregada por los activos netos adquiridos, sino como «transacciones separadas» de dicha operativa.

El Real Decreto 1159/2010 cita como posibles transacciones separadas las **formalizadas por o en nombre de la adquirente o que benefician principalmente a la adquirente o a la entidad combinada, en lugar de a la adquirida (o sus anteriores propietarios) antes de la combinación**. Esta definición atiende a los mismos términos de la IFRS 3(R) [B52] y FAS 141(R) [58].

En general, estas transacciones pueden responder esencialmente a dos tipos de relaciones entre adquirente y adquirida:

- a) La existencia de **relaciones o acuerdos previos** a las negociaciones desarrolladas para el comienzo de la combinación de negocios.
- b) Los **acuerdos** que se llevan a efecto, entre ambas, **durante las negociaciones pero que están separados de la combinación de negocios**.

Se entiende, por tanto, que estas transacciones deben registrarse de forma separada a la combinación de negocios, según las normas de registro y valoración que les sean de aplicación.

En este contexto normativo, cabría preguntarse qué hechos económicos constituyen realmente transacciones separadas y cuáles no, y, por ende, cuáles deben someterse al tratamiento contable específico que les otorga el propio PGC (2007), quedando excluidas del método de adquisición. A estos efectos, el Real Decreto 1159/2010 ha incorporado los aspectos básicos sobre la contabilización que contienen las consiguientes revisiones de la normativa contable internacional [IFRS 3(R)] y la americana [FAS 141(R)]. Cabe, sin embargo, mencionar algunas pautas sobre otros aspectos a considerar para identificar y evaluar qué hechos económicos forman parte, o no, de una combinación de negocios, que las citadas normas incluyen [IFRS 3(R). B50; FAS 141(R). A77], y que no han sido incorporadas a la normativa contable española.

A este fin de identificación y evaluación de las transacciones separadas, es preciso considerar:

- a) El **motivo o razón de la transacción**. Este es presentado en la normativa contable internacional y americana ¹ como un elemento esencial a la hora de proporcionar una visión profunda acerca de si un hecho económico forma parte, o no, de la combinación de negocios. Acorde con su contenido, el objetivo de una transacción separada debe ser beneficiar a los socios o propietarios de la adquirente o de la entidad combinada, tal y como cita el propio Real Decreto 1159/2010 como ejemplo de las mismas. Esta perspectiva se aplica al tratamiento de los gastos relacionados con la adquisición que corren por cuenta de la adquirente, considerándose como una transacción separada de la combinación de negocios, puesto que se trata de un pago en beneficio de la misma y no de la adquirida o de sus socios o propietarios.
- b) **Quién inicia la transacción**. Si la iniciativa parte de la adquirida es más probable que responda a sus propios intereses y no a los de la adquirente o la entidad combinada ², considerándose la transacción, en este caso, como parte de la combinación de negocios.

¹ Si una transacción se acuerda fundamentalmente en beneficio de la adquirente o de la entidad combinada y no principalmente en beneficio de la adquirida o sus anteriores propietarios antes de la combinación, es poco probable que esa parte del precio de la transacción pagado (y todos los activos o pasivos que guardan relación) sea parte del intercambio por la adquirida. Por consiguiente, la adquirente contabilizaría esa parte de forma separada de la combinación de negocios [IFRS 3(R). B50; FAS 141(R). A77].

² Una transacción u otro suceso iniciado por la adquirente puede haber sido efectuado con el propósito de proporcionar beneficios económicos futuros a la adquirente o a la entidad combinada con poco o ningún beneficio para la adquirida o

- c) **El momento en el que tiene lugar la transacción.** Si la transacción tiene lugar durante el proceso de negociación de las condiciones de la combinación de negocios, es probable que la misma proporcione beneficios a la adquirente o a la entidad combinada y no a la adquirida, debiéndose considerar como transacción separada de la misma³.

EJEMPLO 1:**Identificación de las transacciones separadas.**

La sociedad «IFSA» adquiere a «DEFSA». Estas han pactado que, pese a que los gastos de registro de la operación deberían ser soportados, por partes iguales, por las dos sociedades, serán abonados por la sociedad «IFSA», puesto que esta pretende beneficiarse de determinadas ventajas fiscales. Estos costes ascienden a 20.000 euros.

La sociedad adquirente ha considerado los costes soportados como parte del coste de la combinación de negocios.

Se pide:

Análisis del tratamiento contable aplicable por «IFSA» según la normativa vigente.

Solución:

El procedimiento contable aplicable por «IFSA» es el siguiente:

- Costes soportados por cuenta de la vendedora «DEFSA» (10.000 €): aunque no se pagan directamente al vendedor, redundan primordialmente en beneficio de los anteriores propietarios, formando parte de la contraprestación de la combinación de negocios.
- Costes soportados por cuenta propia (10.000 €): serán considerados como transacción separada y contabilizándose fuera de la combinación de negocios como un gasto de la adquirente, puesto que no redundan en beneficio de los anteriores propietarios sino de la propia «IFSA» o de la entidad combinada.

sus anteriores propietarios antes de la combinación. Por otro lado, es menos probable que una transacción o un acuerdo iniciado por la adquirida o sus anteriores propietarios sea en beneficio de la adquirente o de la entidad combinada y más probable que sea parte de la transacción de la combinación de negocios [IFRS 3(R). B50; FAS 141(R). A77].

³ Una transacción entre la adquirente y la adquirida que tiene lugar durante las negociaciones de las condiciones de una combinación de negocios puede haber sido llevada a cabo en el marco de la combinación de negocios para proporcionar beneficios a la adquirente o a la entidad combinada. Si así fuera, es probable que la adquirida o sus anteriores propietarios antes de la combinación de negocios reciban un escaso beneficio, o ninguno, procedente de la transacción excepto los que reciban como parte de la entidad combinada [IFRS 3(R). B50; FAS 141(R). A77].

3. PARTICULARIDADES DE TRANSACCIONES SEPARADAS EXPUESTAS EN EL REAL DECRETO 1159/2010

A fin de aclarar algunas situaciones particulares, y en línea con lo expuesto en la normativa internacional y americana [IFRS 3(R). B52; FAS 141(R). A79], el Real Decreto 1159/2010 recoge, explícitamente, las siguientes referencias a ejemplos de transacciones separadas:

- a) Cancelación de relaciones preexistentes entre adquirente y adquirida.
- b) Sustitución de acuerdos de sistemas de remuneración basados en instrumentos de patrimonio a los trabajadores o anteriores propietarios de la adquirida.
- c) Compensación por haber recibido un negocio deficitario.

El tratamiento contable sobre las particularidades de este tipo de transacciones separadas en las combinaciones de negocios es objeto de desarrollo detallado en los epígrafes ulteriores.

3.1. Cancelación de relaciones preexistentes entre adquirente y adquirida

Entre las empresas que participan en una combinación de negocios pueden existir relaciones previas, sobre las que cabría dilucidar e identificar si constituyen o no transacciones separadas. A este objeto, el Real Decreto 1159/2010 coincide con los planteamientos de la IFRS 3(R) [B51] y del FAS 141(R) [A78], distinguiendo las transacciones de carácter no contractual (v.gr.: un litigio) de las contractuales (v.gr.: vendedor y cliente o cedente y cesionario de una licencia de explotación).

Estas relaciones deben liquidarse en el momento de la combinación de negocios, reconociendo la adquirente un beneficio o pérdida cuyo importe dependerá de la naturaleza de esa relación (contractual o no contractual). No obstante, y en cualquiera de estos dos casos, los gastos e ingresos a reconocer tendrán, como contrapartida, la contraprestación transferida, minorando el coste de la combinación de negocios a efectos de cálculo del fondo de comercio.

En particular, respecto a las **transacciones de carácter no contractual**, la norma establece que la adquirente ha de reconocer un beneficio o pérdida por el valor razonable atribuido a la cancelación de la relación preexistente. Así pues, si la adquirente tiene reconocidos, contablemente, activos o pasivos relacionados con el contrato, el beneficio o pérdida se calculará por la diferencia entre el valor contable y el valor razonable de liquidación de la relación existente.

EJEMPLO 2:

Cancelación de relaciones preexistentes de carácter no contractual.

La sociedad anónima «RESA» mantiene un litigio pendiente con la sociedad anónima «ELSA», por cuyo motivo reconoció un pasivo por importe de 60.000 euros (provisión por otras responsabilidades).

.../...

.../...

Con fecha 1 de septiembre de 2008, ambas sociedades inician un proceso de fusión por el que «RESA» absorberá a «ELSA» por importe de 128.000 euros. A dicha fecha, se estima que el valor razonable de la liquidación del litigio es de 48.000 euros, de los activos identificables adquiridos, de 200.000 euros y de los pasivos asumidos, de 130.000 euros.

Se pide:

Cálculo del fondo de comercio y representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

Solución:

La sociedad «RESA» liquidará el pasivo reconocido, como provisión, por su valor contable (60.000 €), entregando a la adquirida 48.000 euros en concepto de liquidación del litigio (no es considerado como coste de la combinación por tratarse de una transacción separada) y reconociendo un beneficio de 12.000 euros.

Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios (128.000 – 48.000)	80.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos menos los pasivos asumidos (200.000 – 130.000)	70.000
Fondo de comercio	10.000

Cuenta	Debe	Haber
Provisión para otras responsabilidades	60.000	
Activos identificables adquiridos	200.000	
Fondo de comercio	10.000	
Pasivos asumidos		130.000
Socios de la sociedad disuelta		128.000
Exceso de provisión		12.000

Por su parte, en el caso de **transacciones de carácter contractual**, la ganancia o pérdida será reconocida, contablemente, por el menor de los dos importes siguientes:

- Importe por el que el contrato es favorable o desfavorable para la adquirente en relación con las condiciones del mercado.

- b) Importe de cualquier cláusula de liquidación establecida en el contrato que pueda ser ejecutada por la parte para la que el contrato sea desfavorable.

Luego, cuando el segundo importe es menor que el primero de los señalados, la diferencia formará parte del coste de la combinación de negocios.

$$CC_{RP} = ICC - ICL \quad [1]$$

Donde:

CC_{RP} = Coste de la combinación de negocios debido a relaciones preexistentes.

ICL = Importe de cualquier cláusula de liquidación establecida en el momento del contrato que pueda ser ejecutada por la parte para la que el contrato sea desfavorable.

ICC = Importe por el que el contrato es favorable o desfavorable para la adquirente en relación con las condiciones del mercado.

EJEMPLO 3:

Cancelación de relaciones preexistentes de carácter contractual. Cláusulas de liquidación para la parte que el contrato es desfavorable.

La sociedad anónima «KLSA» mantiene un contrato de arrendamiento de un local comercial propiedad de «HJSA», con una cláusula de rescisión de 6.000 euros. Estas sociedades deciden fusionarse, identificándose «KLSA» como adquirente en la combinación de negocios. El valor razonable de contratos similares en el mercado asciende a 24.000 euros, mientras que el valor razonable del que mantienen entre sí es de 16.000 euros.

Con motivo de la fusión, «KLSA» cancela el contrato, y paga 200.000 euros por la adquisición de «HJSA», cuando el valor razonable de los activos identificables adquiridos es de 220.000 euros y de los pasivos asumidos, de 40.000 euros.

Se pide:

Cálculo del fondo de comercio y representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

Solución:

La sociedad «KLSA» reconocerá una pérdida de 6.000 euros (valor de la cláusula de rescisión) al ser este menor que la parte desfavorable del contrato (24.000 – 16.000).

.../...

.../...

La diferencia entre el importe por el que el contrato es desfavorable y el importe de la cláusula de liquidación formará parte del coste de combinación:

$$CC_{RP} = 8.000 - 6.000 = 2.000$$

La sociedad «KLSA» paga 200.000 euros por la adquisición, sin embargo, dadas las características de la transacción, los 6.000 euros correspondientes a la cláusula de rescisión no forman parte del coste de la combinación de negocios a efectos del cálculo del fondo de comercio. Sí se considera como parte del coste de la combinación, la diferencia entre el importe del contrato desfavorable y la cláusula de rescisión, cuando esta última es menor, circunstancia que sucede en este caso (2.000 €), importe que de forma implícita está incluido en el coste final de la transacción.

Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios (200.000 – 6.000)	194.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos menos los pasivos asumidos (220.000 – 40.000)	180.000
Fondo de comercio	14.000

Cuenta	Debe	Haber
Activos identificables adquiridos	220.000	
Gastos excepcionales	6.000	
Fondo de comercio	14.000	
Pasivos asumidos		40.000
Socios de la sociedad disuelta		200.000

Respecto a las relaciones preexistentes de carácter contractual, además, la norma contempla dos situaciones particulares:

- **Derechos readquiridos:** si la combinación de negocios diese lugar a la adquisición de un derecho previamente cedido por la adquirente, esta reconocerá un activo intangible (derechos readquiridos), separadamente del fondo de comercio, sobre la base del periodo contractual que reste hasta su finalización, independientemente de que un tercero considere, para la determinación del valor razonable, las posibles renovaciones contractuales. Son ejemplos de derechos readquiridos el uso de una marca o patente, contratos sobre distribución de productos, contratos de arrendamiento, contratos de suministro a precio fijo, etc.

EJEMPLO 4:

Cancelación de relaciones preexistentes de carácter contractual. Derechos readquiridos.

La sociedad anónima «LESA» otorga a «OFSA» un derecho de franquicia, por el que esta usará su marca durante los próximos cuatro años. Transcurrido un año desde la fecha de la firma del contrato, «LESA» decide ampliar su negocio y adquiere a la sociedad «OFSA», en cuyo momento el derecho a uso de la marca tiene un valor razonable de 39.000 euros (correspondiente al periodo contractual que resta hasta su finalización). El valor razonable de los activos identificables adquiridos es de 310.000 euros y de los pasivos asumidos, de 180.000 euros. En los términos del acuerdo de fusión se fija la contraprestación en 175.000 euros.

Se pide:

Cálculo del fondo de comercio y representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

Solución:

La sociedad «OFSA» reconocerá un activo intangible por el valor razonable del derecho readquirido que alcanza el importe de 39.000 euros.

Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios (175.000 – 39.000)	136.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos menos	
los pasivos asumidos (310.000 – 180.000)	130.000
Fondo de comercio	6.000

Cuenta	Debe	Haber
Activos identificables adquiridos	310.000	
Propiedad industrial	39.000	
Fondo de comercio	6.000	
Pasivos asumidos		180.000
Socios de la sociedad disuelta		175.000

- **Cancelación de créditos y débitos recíprocos con reconocimiento previo de deterioros de valor:** la pérdida por deterioro previamente reconocida por la adquirente o adquirida, en

relación con estos conceptos, deberá revertir y contabilizarse como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa afectada.

EJEMPLO 5:

Cancelación de relaciones preexistentes de carácter contractual. Deterioros previos de valor.

La sociedad anónima «ASA», adquirente, tiene reconocido un crédito por venta de mercaderías con la sociedad anónima «BSA», adquirida, por importe de 32.000 euros. Asimismo, y ante determinadas evidencias de ciertas dificultades financieras de esta, «ASA» había reconocido un deterioro de valor por importe de 11.000 euros.

La contraprestación pactada por la adquisición es de 400.000 euros, mientras que el valor razonable de los activos identificables adquiridos asciende a 420.000 euros y de los pasivos asumidos, a 60.000 euros.

Se pide:

Representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

Solución:

La sociedad «ASA» debe revertir el deterioro contabilizado, reconociendo un ingreso y, posteriormente, cancelando las relaciones preexistentes por importe de 32.000 euros.

Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios (400.000)	400.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos	
menos los pasivos asumidos (420.000 – 60.000)	360.000
Fondo de comercio	40.000

Cuenta	Debe	Haber
Activos identificables adquiridos	420.000	
Fondo de comercio	40.000	
Proveedores		32.000
Otros pasivos asumidos (60.000 – 32.000)		28.000
Socios de la sociedad disuelta		400.000

.../...

.../...

- Por la eliminación de los créditos y débitos recíprocos:

Cuenta	Debe	Haber
Proveedores	32.000	
Cientes		32.000

- Por la reversión de la pérdida por deterioro:

Cuenta	Debe	Haber
Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	11.000	
Reversión de deterioro de créditos por operaciones comerciales		11.000

3.2. La sustitución de acuerdos de sistemas de remuneración basados en instrumentos de patrimonio a los trabajadores o anteriores propietarios de la adquirida

El Real Decreto 1159/2010 regula, en el marco de las transacciones separadas de la combinación de negocios, la sustitución de los compromisos de pagos basados en instrumentos de patrimonio de la empresa adquirida con sus empleados por los de la adquirente.

Antes de analizar el tratamiento contable aplicable a este tipo de transacciones en virtud del Real Decreto 1159/2010, se ha considerado necesario recoger lo que se dispone en otros apartados de la normativa contable española de cara a definir los conceptos y características necesarias para poder entender el vigente texto de la combinación de negocios (NRV 19.^a).

Las retribuciones basadas en instrumentos de patrimonio al personal se encuentran reguladas en la NRV 17.^a «Transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio» del PGC (2007). Por su parte, este tipo de transacciones también vienen tratadas en la IFRS 2 del IASB «Pagos basados en acciones»⁴ y en el FAS 123(R) del FASB «Share-based payment».

Según la NRV 17.^a, estas transacciones son definidas como aquellas que, a cambio de recibir los servicios prestados por los trabajadores, serán liquidadas por la empresa con instrumentos de patrimonio (acciones u opciones sobre acciones) o con un importe que esté basado en el valor de instrumentos de patrimonio neto (derechos sobre la revalorización de las acciones).

⁴ Aprobada por el IASB en febrero de 2004 y adoptada por la UE en 2005 a través del Reglamento (CE) n.º 211/2005, de la Comisión de 4 de febrero.

A estos efectos, la empresa deberá reconocer, por un lado, los servicios recibidos por los trabajadores, como un gasto, en el momento de la obtención y, por otro, el concerniente incremento de «neto», si la transacción se liquidase con instrumentos de patrimonio, o el correspondiente «pasivo», si la transacción se liquidase por un importe que estuviese basado en el valor de los instrumentos de patrimonio ⁵.

A la hora de la valoración de estas transacciones, también deberá atenderse a la clasificación efectuada en función de la liquidación, de tal forma que:

- *Si se liquidan en instrumentos de patrimonio*: tanto los servicios prestados como el incremento de «neto» se valorarán por el *valor razonable* de los instrumentos de patrimonio cedidos.
- *Si se liquidan en efectivo*: los bienes o servicios recibidos y el pasivo a reconocer se valorarán al *valor razonable* de la obligación de pago en metálico.

Para las empresas que cotizan en Bolsa, el criterio del valor razonable será de fácil aplicación a las transacciones liquidadas mediante la entrega de acciones o un importe en efectivo referenciado al valor de las mismas. En su caso, aquellas empresas que no coticen en Bolsa deberán utilizar algún método de valoración de acciones. Para el caso de la entrega de opciones sobre acciones, si no existe un mercado activo, situación bastante habitual, deberá aplicarse un método o modelo de valoración generalmente aceptado en los mercados financieros. Sin embargo, ni el PGC (2007) ni la normativa internacional, a través de la IFRS 2 (2005), hacen alusión alguna al método concreto a utilizar. No obstante, la normativa internacional, al menos, describe los factores que, como mínimo, deberán considerarse al estimar el valor razonable de las opciones sobre acciones ⁶.

La fecha de valoración de las retribuciones basadas en instrumentos de patrimonio al personal será la **fecha de concesión**. El PGC (2007) no estipula lo que debe entenderse como fecha de concesión, por cuyo motivo se recurrirá a la normativa internacional, que la define como «la fecha en la que la entidad y un tercero alcanzan un acuerdo de pagos basados en acciones, que se produce cuando la entidad y la otra parte llegan a un entendimiento compartidos sobre los plazos y condiciones del acuerdo» [IFRS 2. Apéndice A]. Definición que es similar a la recogida por la normativa americana [FAS 123(R). Apéndice E].

Finalmente, el gasto total a reconocer por la concesión de este tipo de sistemas retributivos se calculará multiplicando el valor razonable obtenido por el número de instrumentos de patrimonio a entregar o el número de instrumentos sobre los que se calculará la retribución en metálico.

⁵ Existe una tercera posibilidad consistente en que se puede elegir entre que la liquidación sea en efectivo o con instrumentos de patrimonio. En estos casos, el reconocimiento contable recogido en la normativa, tanto española como internacional, será diferente en función de si la citada elección depende de la empresa concedente o del trabajador.

⁶ La IFRS 2 [B6] y la FAS 123(R) [A18] recogen que, entre los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de calcular el valor razonable de las opciones, deben figurar los siguientes: precio de ejercicio, vida de la opción, precio actual de las acciones, volatilidad esperada, dividendos esperados y tipo de interés libre de riesgo.

Dicho gasto se reconocerá de forma inmediata, salvo que se establezca un determinado periodo de irrevocabilidad ⁷ o de servicios, en cuyo caso el reconocimiento se producirá a medida que tales servicios sean prestados a lo largo del citado periodo.

El Real Decreto 1159/2010 regula este supuesto de sustitución de los compromisos de pagos basados en instrumentos de patrimonio en consonancia con lo dispuesto por la normativa contable internacional [IFRS 3(R), 2008)] y la americana [FAS 141(R), 2007].

Para la adquirente, el propósito de este tipo de transacciones es asegurar la permanencia de los trabajadores en la entidad combinada después de la adquisición, manteniendo o proporcionando más incentivos a estos. Por su parte, y puesto que la normativa no regula estos aspectos, en nuestra opinión, los sistemas retributivos asumidos por la empresa adquirente pueden contener los mismos términos que los sistemas originales o, por el contrario, esta puede cambiar los fijados en base, por ejemplo, a su estrategia de compensación o a cualquier otro factor.

Aunque la redacción de esta parte del texto de la normativa contable española puede conducir a error, al considerar conjuntamente las transacciones voluntarias y obligatorias, los párrafos siguientes se manifiestan más clarificadores, señalando un tratamiento diferente para ambos casos, en línea con las manifestaciones de la normativa contable internacional y americana.

EJEMPLO 6:

Determinación de los diferentes periodos de irrevocabilidad en la sustitución obligatoria de acuerdos de remuneración.

La sociedad anónima «ARCA» aprueba, el 1 de enero de 2005, un plan retributivo para sus empleados basado en opciones sobre acciones. Los beneficiarios podrán ejecutar los derechos si permanecen en la empresa hasta el 1 de enero de 2007. Sin embargo, el 1 de julio de 2006, la sociedad «ARCA» es adquirida por la sociedad «BARCA». Esta, de forma obligatoria, asume el plan de opciones que tenía «ARCA». Sin embargo, para que los beneficiarios puedan finalmente ejercitar las opciones deben permanecer en la empresa hasta el 31 de diciembre de 2007.

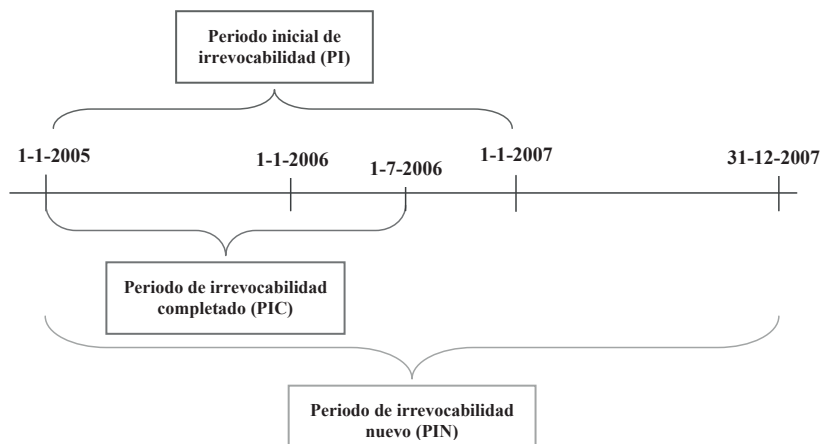
Se pide:

Determine el periodo inicial de irrevocabilidad (PI), el periodo de irrevocabilidad completado (PIC) y el periodo de irrevocabilidad nuevo (PIN) del plan retributivo que se describe anteriormente.

.../...

⁷ El periodo de irrevocabilidad no es definido tampoco en el PGC (2007), por lo que recurriendo a la normativa internacional, se define como «el periodo a lo largo del cual tienen que ser satisfechas todas las condiciones para la irrevocabilidad (o consolidación) de la concesión en un acuerdo de pagos basados en acciones» [IFRS 2. Apéndice A].

.../...

Solución:

Periodo inicial de irrevocabilidad = 24 meses (desde el 1 de enero de 2005 hasta el 1 de enero de 2007).

Periodo de irrevocabilidad completado = 18 meses (desde el 1 de enero de 2005 hasta el 1 de julio de 2006).

Periodo de irrevocabilidad nuevo = 36 meses (desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2007).

En primer lugar, y en el caso de **sustitución obligatoria**⁸, el importe de los acuerdos de sustitución, que forman parte del coste de la combinación de negocios, será equivalente a la parte del acuerdo mantenido por la adquirida atribuible a servicios anteriores a la fecha de adquisición. Este importe se determinará aplicando al valor razonable del sistema de remuneración en la fecha de adquisición el porcentaje resultante de comparar el periodo de irrevocabilidad completado en dicha fecha, y el mayor entre el periodo inicial y el nuevo periodo de irrevocabilidad producto de los acuerdos alcanzados. Este procedimiento coincide con lo recogido en la normativa contable americana [FAS 141(R). A93] e internacional [IFRS 3(R). B58].

⁸ La normativa española no hace alusión alguna a cuándo debe considerarse que la sustitución es obligatoria, sin embargo, tanto la IFRS 3(R) [B56] y la FAS 141(R) [43] recogen que «la adquirente está obligada a sustituir los acuerdos de la adquirida si la adquirente o sus empleados tienen la capacidad de hacer cumplir la sustitución. Por ejemplo, para los propósitos de aplicar este requerimiento, la adquirente está obligada a sustituir los acuerdos de la adquirida si la sustitución se requiere por:

- Las condiciones del acuerdo de adquisición;
- Las condiciones de los acuerdos de la adquirida; o
- Las leyes o regulación aplicables».

En concreto, el importe que formará parte del coste de la combinación de negocios se calculará de la siguiente forma:

Si $PI > PIN$:

$$CC_{SOR} = VR_B \times \left[\frac{PIC}{PI} \right] \quad [2]$$

Si $PIN > PI$:

$$CC_{SOR} = VR_B \times \left[\frac{PIC}{PIN} \right] \quad [3]$$

Donde:

CC_{SOR} = Coste de la combinación de negocios debido a la sustitución obligatoria de sistemas de remuneración.

VR_B = Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirida en la fecha de adquisición.

PI = Periodo inicial de irrevocabilidad de la concesión establecida por la adquirida.

PIC = Periodo de irrevocabilidad completado en la fecha de sustitución de los sistemas de remuneración.

PIN = Nuevo periodo de irrevocabilidad resultante de los acuerdos alcanzados.

EJEMPLO 7:

Determinación del importe atribuible a la combinación de negocios por la sustitución obligatoria de acuerdos de remuneración.

Partiendo de los datos del ejemplo 6, se sabe, además, que el valor razonable del total de las opciones sobre acciones para la sociedad «ARCA», en la fecha de la combinación de negocios, es de 2.000 euros. Como consecuencia de la fusión y tras los acuerdos pertinentes, la sociedad «BARCA» acuerda el pago de 16.000 euros a los accionistas de «ARCA». Por su parte, el valor razonable de los activos adquiridos y los pasivos asumidos de «ARCA», en la fecha de adquisición, es de 24.000 y 12.000 euros, respectivamente.

Se pide:

- Determinar el coste de la combinación de negocios debido a la sustitución obligatoria de los sistemas de remuneración.
- Cálculo del valor del fondo de comercio de la operación.

.../...

.../...

- c) Representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

Solución:

El periodo inicial de irrevocabilidad (PI), el periodo de irrevocabilidad completado (PIC) y el periodo de irrevocabilidad nuevo (PIN) del plan retributivo, calculados anteriormente son:

- Periodo inicial de irrevocabilidad (PI) = 24 meses
- Periodo de irrevocabilidad completado (PIC) = 18 meses
- Periodo de irrevocabilidad nuevo (PIN) = 36 meses

- a) Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirida (fecha de adquisición) (VR_B) = 2.000 euros

Dado que, en este caso, el PIN (36 meses) > PI (18 meses), se aplicará la siguiente fórmula:

$$CC_{SOR} = VR_B \times \left[\frac{PIC}{PIN} \right] = 2.000 \times \frac{18}{36} = 1.000 \text{ euros}$$

Así pues, el resultado obtenido de 1.000 euros formará parte, como un componente más, del coste total de la combinación de negocios, que se corresponde con la parte proporcional que es atribuible a los servicios prestados por los trabajadores con anterioridad a la fecha de adquisición. El coste total de la combinación es de 16.000 euros, estando incluido en dicho importe los 1.000 euros de la sustitución del plan de opciones sobre acciones.

- b) Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios	16.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos menos los pasivos asumidos (24.000 – 12.000)	12.000
Fondo de comercio	4.000

- c) Cuando se produzca la recepción de los activos y pasivos de la sociedad adquirida:

Cuenta	Debe	Haber
Activos adquiridos	24.000	
Fondo de comercio	4.000	
Pasivos asumidos		12.000
Socios de la sociedad disuelta		15.000
Otros instrumentos de patrimonio neto		1.000

Sin embargo, tanto el Real Decreto 1159/2010 como la normativa contable internacional [FAS 141(R). A94] y americana [IFRS 3(R). B59] establecen que no formará parte del coste de la combinación de negocios el exceso del valor razonable del sistema retributivo para la adquirente sobre el coste calculado anteriormente. Dicho exceso será reconocido como gasto de personal por parte de la sociedad adquirente. El cálculo se realizará de la siguiente forma:

$$GP_{SOR} = VR_A - CC_{SOR} \quad [4]$$

Siendo:

GP_{SOR} = Gastos de personal debido a la sustitución obligatoria de sistemas de remuneración.

VR_A = Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirente en la fecha de adquisición.

CC_{SOR} = Coste de la combinación de negocios debido a la sustitución de sistemas de remuneración.

En la normativa contable española, y tal como recoge la americana [FAS 124(R). 39-42] e internacional [IFRS 2. 14-15], el reconocimiento del importe obtenido como gasto de personal dependerá de si se exige a los trabajadores un periodo adicional de servicios o no:

1. Los nuevos acuerdos exigen la prestación de servicios adicionales a los empleados. En este caso, el reconocimiento de los gastos de personal se realizará a medida que los servicios sean prestados por parte de los trabajadores en el periodo de tiempo establecido.

EJEMPLO 8:

Determinación del importe que no es atribuible a la combinación de negocios por la sustitución obligatoria de acuerdos de remuneración (con servicios adicionales).

Partiendo de los datos del ejemplo 6, se sabe, por otra parte, que el valor razonable del total de las opciones sobre acciones para la sociedad «BARCA» (adquirente), en la fecha de la combinación de negocios, es de 2.500 euros.

Se pide:

- a) Calcular el importe que no es atribuible a la combinación de negocios debido a la sustitución obligatoria de los sistemas de remuneración.
- b) Representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

.../...

.../...

Solución:

a) Coste de la combinación de negocios debido a la sustitución de sistemas de remuneración = 1.000 euros.

Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirente (fecha de adquisición) = 2.500 euros

$$GP_{SOR} = VR_A - CC_{SOR} = 2.500 - 1.000 = 1.500 \text{ euros}$$

Por tanto, el resultado obtenido de 1.500 euros se corresponde con los servicios prestados con posterioridad a la fecha de adquisición y, según la normativa contable española, se reconocerán como gastos de personal. Sin embargo, en este caso, y puesto que hay un periodo adicional de servicios, el gasto de 1.500 euros se reconocerá a medida que los servicios sean prestados, es decir:

$$GP_{SOR} (31-12-2006) = 1.500 \times \frac{6}{18} = 500 \text{ euros}$$

$$GP_{SOR} (31-12-2007) = 1.500 \times \frac{12}{18} = 1.000 \text{ euros}$$

b) Por el reconocimiento de los gastos de personal (31-12-2006):

Cuenta	Debe	Haber
Retribuciones al personal mediante instrumentos de patrimonio	500	
Otros instrumentos de patrimonio neto		500

• Por el reconocimiento de los gastos de personal (31-12-2007):

Cuenta	Debe	Haber
Retribuciones al personal mediante instrumentos de patrimonio	1.000	
Otros instrumentos de patrimonio neto		1.000

- Los nuevos acuerdos no exigen la prestación de servicios adicionales por parte de los empleados. En este caso, se reconocerá el gasto de personal de forma inmediata.

EJEMPLO 9:**Determinación del importe que no es atribuible a la combinación de negocios por la sustitución obligatoria de acuerdos de remuneración (sin servicios adicionales).**

La sociedad anónima «BRASA» aprueba, el 1 de enero de 2007, un plan retributivo consistente en el pago de una remuneración basada en el incremento del valor de cotización de sus acciones. Los beneficiarios del plan recibirán el importe correspondiente si consiguen incrementar la cotización en un 10 por 100 al final del año 2010. El 1 de enero de 2009, la sociedad «BRASA» es adquirida por la sociedad «TRASA». Esta asume obligatoriamente el plan retributivo y decide cancelar dicho plan entregando en el momento de la combinación un importe de 15.000 euros. En la fecha de adquisición, el valor razonable del plan retributivo para «BRASA» era de 10.000 euros. La sociedad «TRASA» emitirá 3.000 acciones al 150 por 100 (valor nominal 10 €) como contraprestación por la adquisición de «BRASA» (sin considerar la sustitución del plan retributivo). El valor razonable, en la fecha de adquisición, de los activos adquiridos y los pasivos asumidos es de 60.000 y 28.000 euros, respectivamente.

Se pide:

- Determine el periodo inicial de irrevocabilidad (PI), el periodo de irrevocabilidad completado (PIC) y el periodo de irrevocabilidad nuevo (PIN) del plan retributivo que se describe anteriormente.
- Determinar el coste de combinación de negocios debido a la sustitución obligatoria de los sistemas de remuneración así como el importe que no es atribuible a la combinación de negocios.
- Cálculo del fondo de comercio de la operación.
- Representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de las operaciones anteriormente descritas.

Solución:

- a) Periodo inicial de irrevocabilidad (PI) = 3 años.

Periodo de irrevocabilidad completado (PIC) = 2 años.

Periodo de irrevocabilidad nuevo (PIN) = 2 años.

- b) Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirida (fecha de adquisición) = 10.000 euros.

Dado que, en este caso, el PI (3 años) > PIN (2 años), se aplicará la siguiente fórmula:

$$CC_{\text{SOR}} = VR_B \times \left[\frac{\text{PIC}}{\text{PI}} \right] = 10.000 \times \frac{2}{3} = 6.666,67 \text{ euros}$$

.../...

.../...

Para calcular la parte que no es atribuible a la combinación de negocios:

Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirente (fecha de adquisición) = 15.000 euros

$$GP_{SOR} = VR_A - CC_{SOR} = 15.000 - 6.666,67 = 8.333,33 \text{ euros}$$

En este supuesto, los trabajadores no deben cumplir servicios adicionales, lo que implica que la sociedad adquirente reconocerá el gasto de personal de forma inmediata en el momento de la adquisición.

c) Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios $[(3.000 \times 15) + 6.666,67]$	51.666,67
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos menos los pasivos asumidos $(60.000 - 28.000)$	32.000,00
Fondo de comercio	19.666,67

d) Cuando se produzca la recepción de los activos y pasivos de la sociedad adquirida:

Cuenta	Debe	Haber
Activos adquiridos	60.000,00	
Fondo de comercio	19.666,67	
Pasivos asumidos		28.000,00
Socios de la sociedad disuelta		45.000,00
Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio		6.666,67

- Por el reconocimiento de los gastos de personal:

Cuenta	Debe	Haber
Retribuciones al personal mediante instrumentos de patrimonio	8.333,33	
Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio		8.333,33

- Por la cancelación del plan por parte de la empresa adquirente:

Cuenta	Debe	Haber
Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio	15.000,00	
Tesorería		15.000,00

En segundo lugar, y en el caso de **reemplazamiento voluntario** de los acuerdos que expiran con motivo de la combinación de negocios, la totalidad de la valoración en la fecha de adquisición de los nuevos incentivos no formará parte de la contraprestación transferida, reconociéndose como gastos de personal. Aspecto que también se encuentra en consonancia con lo recogido en la normativa contable americana [FAS 141(R). 44] e internacional [IFRS 3 (R). B56].

$$GP_{SVR} = VR_A \quad [5]$$

Siendo:

GP_{SVR} = Gastos de personal debido a la sustitución voluntaria del sistemas de remuneración.

VR_A = Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirente en la fecha de adquisición.

EJEMPLO 10:

Determinación del importe que no es atribuible a la combinación de negocios por la sustitución voluntaria de acuerdos de remuneración.

La sociedad anónima «PASA» aprueba, el 1 de enero de 2009, un plan retributivo consistente en la entrega gratuita de 5.000 acciones para sus empleados. Los beneficiarios del plan recibirán las citadas acciones si consiguen mantener las ventas durante los dos ejercicios siguientes. El 15 de abril de 2010, la sociedad «PASA» es adquirida por la sociedad «CASA». Esta decide voluntariamente asumir el plan retributivo en los mismos términos acordados por la sociedad «PASA». En la fecha de adquisición, el valor de cotización de las sociedades «PASA» y «CASA» era de 1,5 y 2 euros/acción, respectivamente.

La sociedad «CASA» emite 20.000 acciones, siendo el valor razonable de las mismas de 2 euros y el valor nominal de 1,5 euros. En la fecha de adquisición los valores razonables de los activos adquiridos y los pasivos asumidos de la adquirida son: 120.000 euros y 98.000 euros.

Se pide:

Representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

Solución:

Valor razonable del sistema de remuneración en la empresa adquirente (fecha de adquisición) = 5.000 acciones × 2 euros = 10.000 euros

$$GP_{SVR} = 10.000 \text{ euros}$$

.../...

.../...

En realidad, el resultado obtenido de 10.000 euros se reconocerá íntegramente como gastos de personal, no formando parte del coste de la combinación de negocios, al asumirse voluntariamente el sistema retributivo.

Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios (20.000×2)	40.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos menos los pasivos asumidos ($120.000 - 98.000$)	22.000
Fondo de comercio	18.000

En consecuencia, procederá realizar las siguientes anotaciones contables:

- Cuando se produzca la recepción de los activos adquiridos y los pasivos asumidos:

Cuenta	Debe	Haber
Activos adquiridos	120.000	
Fondo de comercio	18.000	
Pasivos asumidos		98.000
Socios de la sociedad disuelta		40.000

- Por la contabilización del gasto de personal:

Cuenta	Debe	Haber
Retribuciones al personal mediante instrumentos de patrimonio	10.000	
Otros instrumentos de patrimonio neto		10.000

3.3. La compensación por haber recibido un negocio deficitario

Este presupuesto no se encuentra normalizado en la normativa internacional ni en la americana. En cambio, la normativa contable española establece que se considerará como transacción separada de la combinación de negocios si la adquirente recibe un activo, o el compromiso de recibir un activo, como compensación por haber asumido un negocio deficitario (v.gr.: supuesto en el que la sociedad adquirente tenga que hacer frente a los costes de un futuro expediente de regulación de empleo, cubierto con una ayuda estatal –activo–).

En estos casos, la sociedad adquirente deberá reconocer una provisión como contrapartida del citado activo en la fecha en que se cumplan los criterios de reconocimiento y valoración del mismo.

EJEMPLO 11:**Compensación por haber recibido un negocio deficitario.**

La sociedad anónima «BETA» ha adquirido a la sociedad «GAMMA». Con motivo de la adquisición, «BETA» estima que deberá hacer frente a unos costes de reestructuración de 12.000 euros. Sin embargo, este expediente de regulación de empleo queda cubierto con una ayuda estatal que ya ha sido aprobada por el organismo competente.

Se pide:

Representación en el diario de la contabilidad (adquirente) de la operación anteriormente descrita.

Solución:

La sociedad «BETA» estima unos costes por indemnizaciones a satisfacer al personal de «GAMMA» de 12.000 euros, lo que cumple, dadas sus características, con la definición de provisión establecida en la NRV 15.^a del PGC. De este modo, «BETA» reconocerá una provisión para reestructuración en función del gasto estimado devengado en el periodo correspondiente.

Asimismo, y como consecuencia de que estos gastos están cubiertos con una ayuda estatal, reconocerá el derecho a percibir la subvención como un activo y, puesto que el destino de la misma es cubrir gastos específicos del proceso de reestructuración, habrá de registrar un ingreso en el ejercicio en el que se devenguen el gasto (NRV 18.^a).

- Por el reconocimiento de los gastos subvencionados y el pasivo correspondiente:

Cuenta	Debe	Haber
Indemnizaciones	12.000	
Provisión para reestructuraciones		12.000

- Por el reconocimiento del derecho a percibir la subvención:

Cuenta	Debe	Haber
Hacienda Pública deudora por subvenciones concedidas	12.000	
Subvenciones, donaciones y legados a la explotación		12.000

4. OTROS ASPECTOS PARTICULARES DE LAS TRANSACCIONES SEPARADAS

Además de los aspectos mencionados anteriormente, referentes a la problemática contable de las transacciones separadas, en el prólogo del Real Decreto 1159/2010 se citan algunas circunstancias

específicas tratadas con mayor profundidad por la normativa contable internacional y americana, y que se analizan en este apartado. En concreto, se aborda el tratamiento contable de:

- Remuneración a los trabajadores o antiguos propietarios de la adquirida por servicios futuros.
- Reembolso a la adquirida o a sus antiguos propietarios de los gastos asumidos y pagados concernientes a la adquisición e imputables a la adquirente.

4.1. Remuneración a los trabajadores o antiguos propietarios de la adquirida por servicios futuros

Si en los acuerdos alcanzados en la combinación de negocios se otorgasen pagos a empleados o a accionistas de la sociedad adquirida por servicios futuros, habrá de determinarse si forman parte del coste de la combinación de negocios o, por el contrario, deben considerarse como transacciones separadas. Tanto la normativa contable internacional [IFRS 3(R). B55] como la americana [FAS 141(R). A87] recogen una serie de factores que deben tenerse en cuenta para determinar si aquellos pagos contingentes⁹ deben o no considerarse como transacciones separadas. Dichos factores son los siguientes:

Continuidad del empleo: cuando los pagos contingentes se extinguen automáticamente si termina la relación laboral, estaríamos ante una remuneración otorgada por servicios posteriores a la combinación de negocios y, por tanto, deben considerarse como transacciones separadas. Por el contrario, cuando los mencionados pagos contingentes no se ven afectados por la finalización de la relación laboral, estaríamos ante una contraprestación adicional en lugar de una remuneración (mayor coste de la combinación de negocios).

Duración del empleo continuado: el hecho de que el periodo de empleo exigido sea igual o superior al periodo de pago contingente puede indicar que el pago constituye una remuneración y, por tanto, debe tratarse como transacción separada.

Nivel de remuneración: las situaciones en las que la remuneración del empleado, excluyendo los pagos contingentes, se encuentra en un nivel razonable en relación con la de otros empleados clave de la entidad combinada, pueden indicar que dichos pagos contingentes son una contraprestación adicional en lugar de una remuneración, que debe incrementar el coste de la combinación de negocios.

Pagos adicionales a los empleados: el hecho de que los accionistas de la adquirida, que no pasen a ser empleados de la entidad combinada, reciban pagos contingentes de menor cuantía, calculados por acción, que los que sí pasen a serlo, puede indicar que el mayor importe de los pagos contingentes a estos últimos es remuneración y, por tanto, no debe considerarse como mayor coste de la combinación.

⁹ Según la normativa contable española, internacional y americana entendemos por pagos contingentes la obligación de la adquirente de transferir activos a los empleados o antiguos propietarios de la adquirida si se cumplen determinadas condiciones o sucesos futuros.

Número de acciones poseídas: si los accionistas de la adquirida que poseían la práctica totalidad de las acciones de esta permanecen como empleados clave, podría indicar que se trata de un acuerdo de reparto de beneficios con el objetivo de remunerar los servicios prestados con posterioridad a la combinación de negocios (transacción separada).

Sin embargo, si los accionistas de la adquirida que permanecen como empleados clave poseían solo un pequeño número de acciones de la adquirida y todos ellos reciben la misma cuantía de contraprestación contingente por acción, podría ser un indicio de que los pagos contingentes son una contraprestación adicional (mayor coste de la combinación de negocios).

Conexión con la valoración: si la contraprestación inicial transferida en la fecha de adquisición se basa en el extremo inferior de una escala establecida para la valoración de la adquirida y la fórmula contingente responde a dicho enfoque de valoración, este hecho podría ser un indicio de que los pagos contingentes son una contraprestación adicional (mayor coste de la combinación de negocios).

Empero, si la fórmula de pagos contingentes es coherente con los acuerdos previos de reparto de beneficios podría ser un indicio de que la esencia del acuerdo estriba en proporcionar remuneración (transacción separada).

Fórmula para calcular la contraprestación: la fórmula empleada para determinar el pago contingente puede ser útil para evaluar la esencia del acuerdo. Por ejemplo, si el pago contingente se calcula teniendo en cuenta un múltiplo de los beneficios (es decir, beneficios correspondientes a más de un ejercicio), puede ser un indicio de que la obligación es una contraprestación contingente en la combinación de negocios y de que el propósito de la fórmula es establecer o verificar el valor razonable de la adquirida (mayor coste de la combinación de negocios).

Por el contrario, un pago contingente equivalente a un porcentaje concreto de beneficios podría indicar que la obligación con los empleados consiste en un acuerdo de reparto de beneficios para remunerar a los mismos por los servicios prestados (transacción separada).

Otros acuerdos y cuestiones: los términos de otros acuerdos con accionistas de la adquirida (v.gr.: pactos de no competencia, contratos ejecutorios, contratos de consultoría y arrendamientos de propiedades) pueden indicar que los pagos contingentes son atribuibles a elementos distintos de la contraprestación por la adquirida (transacción separada).

Tanto la normativa contable internacional [IFRS 3(R). B55] como la americana [FAS 141(R). A87], en relación con este último caso, recogen el siguiente ejemplo: «la adquirente puede llevar a cabo un arrendamiento de un inmueble con un accionista importante que vende. Si los pagos especificados en el contrato de arrendamiento están significativamente por debajo del mercado, alguno o todos los pagos del arrendador (el accionista que vende) requeridos por un acuerdo separado de pagos contingente puede ser, en sustancia, pagos por el uso del inmueble arrendado que la adquirente debería reconocer de forma separada en sus estados financieros posteriores a la adquisición. Por el contrario, si el contrato de arrendamiento especifica pagos que son coherentes con las condiciones de mercado para el inmueble arrendado, el acuerdo de pagos contingentes al accionista que vende puede ser una contraprestación contingente en la combinación de negocios».

EJEMPLO 12:**Acuerdos de pagos contingentes a empleados o accionistas de la entidad vendedora.**

La sociedad «SESA» adquiere a «ONTA». Esta última es poseída por un único propietario. En los términos de la adquisición se establece que el propietario de «ONTA» recibirá una contraprestación adicional por la adquisición basada en los beneficios que obtenga la sociedad combinada en los dos años siguientes. No obstante, dicha cuantía está sujeta a que el propietario de «ONTA» permanezca como trabajador de la entidad combinada durante dos años después de la adquisición.

Se pide:

Análisis del tratamiento contable de la operación anteriormente reseñada.

Solución:

En este caso, tal y como recogen la normativa contable internacional [IFRS 3(R). B55] y la americana [FAS 141(R). A87], y puesto que el pago está sujeto a que se mantenga la relación laboral, estaríamos ante una remuneración otorgada por servicios prestados con posterioridad a la adquisición y, por tanto, deberán contabilizarse como transacciones separadas en los estados financieros con posterioridad a la fecha de adquisición.

En este ejemplo, también se da la circunstancia de que el periodo de empleo que se exige (dos años) coincide con el periodo del pago contingente (el pago se basa en los beneficios que se obtengan en los dos años siguientes). Por tanto, se da otro de los factores señalados por la normativa para considerar que estamos ante una remuneración (transacción separada) y no ante una contraprestación que deba considerarse como un mayor coste de la combinación de negocios.

4.2. Reembolso a la adquirida o a sus antiguos propietarios de los gastos asumidos y pagados concernientes a la adquisición e imputables a la adquirente

El tratamiento de los costes asociados a la adquisición de empresas dejó la puerta abierta al desarrollo de comportamientos oportunistas por parte de los participantes en una combinación de negocios. En efecto, la adquirente podía acordar con la adquirida que esta última soportara los citados costes a fin de evitar reconocer estos como gastos en su propia contabilidad. Es evidente el efecto que esta circunstancia podría provocar sobre el fondo de comercio, que aparecería sobrevalorado [IFRS 3(R). FC370], motivo por el que tanto la normativa contable internacional como la americana hacen una mención expresa a las transacciones que reembolsan a la adquirida o a sus anteriores propietarios por pagar los costes relacionados con la adquisición, y que corresponden realmente a la adquirente

[IFRS 3(R), 52(c); FAS 141(R)]. Estas han de tratarse como transacciones separadas, reduciendo su importe de la contraprestación transferida a efectos del cálculo del fondo de comercio.

EJEMPLO 13

Transacción que reembolsa a la adquirida o a sus anteriores propietarios por los costes relacionados con la adquisición.

En un proceso de combinación de negocios, la sociedad adquirente «GUSA» acuerda con la adquirida «DIFA» que esta última realice todos los pagos relacionados con la adquisición, que ascienden a 26.000 euros y que le serán reembolsados a la entrega de la contraprestación, fijada en 200.000 euros. El valor razonable de los activos identificables adquiridos por «GUSA» es de 260.000 euros y el de los pasivos asumidos de 130.000 euros.

Se pide:

Calcule el fondo de comercio en el supuesto de que:

- a) La sociedad «GUSA» no ha identificado los costes reembolsados a la adquirida como una transacción separada.
- b) La sociedad «GUSA» ha identificado los costes reembolsados a la adquirida como una transacción separada.

Solución:

a) Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios (200.000)	200.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos	
menos los pasivos asumidos (260.000 – 130.000)	130.000
Fondo de comercio	70.000

b) Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación de negocios (200.000 – 26.000)	174.000
– Valor razonable de los activos identificables adquiridos	
menos los pasivos asumidos (260.000 – 130.000)	130.000
Fondo de comercio	44.000

Bibliografía

- BÁSCONES RAMOS, J.M. [2008]: «Consolidación de estados financieros. Análisis de las nuevas versiones de las normas internacionales NIC 27 y NIIF 3». *RCyT. CEF*, núm. 308, págs. 151-192.
- DELOITTE [2009]: *Combinaciones de negocios y cambios en las participaciones. Guía de la NIIF 3 y la NIC 27 revisadas*. Disponible en: <http://www.iasplus.es>. Fecha de consulta: 15-12-2010.
- LÓPEZ MAGALLÓN, S. y VILLANUEVA GARCÍA, E. [2010]: *Modificaciones previstas en la normativa de combinaciones de negocios y las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas*. Disponible en: <http://www.auditors-censors.com>. Fecha de consulta: 20-11-2010.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS [2008]: *A Global Guide to Accounting for Business Combinations and Non-controlling Interests. Application of the U.S. GAAP and IFRS Standards*. Disponible en: <http://www.pwc.com>. Fecha de consulta: 15-12-2010.
- REAL DECRETO 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.
- REGLAMENTO (CE) N.º 495/2009 de la Comisión de 3 de junio de 2009 que modifica el Reglamento (CE) n.º 126/2008 por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 3.
- REGLAMENTO (CE) N.º 211/2005 de la Comisión de 4 de febrero de 2005 que modifica el Reglamento (CE) no 1725/2003, por el que se adoptan determinadas Normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las Normas internacionales de información financiera (NIIF) 1 y 2 y a las Normas internacionales de contabilidad (NIC) 12, 16, 19, 32, 33, 38 y 39.
- ROMANO APARICIO, J. [2011]: «Modificaciones de la Norma de Registro y Valoración 19.^a Combinaciones de negocios, Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre (II)». *RCyT. CEF*, núm. 334, págs. 225-280.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

MIGUEL ÁNGEL GÁLVEZ LINARES

Profesor del CEF

BOICAC núm. 81, marzo 2010. Consulta 3. Moneda extranjera, NRV 11.^a. Operaciones por cuenta ajena.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de operaciones por cuenta ajena en moneda extranjera.

Respuesta:

Una sociedad mercantil consignataria de buques realiza operaciones que consisten en la entrega de una determinada cantidad de divisas, que previamente ha recibido de sus clientes, a la tripulación de los buques atracados en las instalaciones portuarias. La consulta versa sobre el tratamiento contable posterior de la moneda extranjera y de la cancelación del pasivo frente al cliente.

Las operaciones de intermediación que realiza una empresa por cuenta ajena no deben originar el reconocimiento de ingresos o gastos en la cuenta de pérdidas y ganancias, salvo que por dicha labor percibiese una comisión, en cuyo caso dicho ingreso se reflejaría en una cuenta del subgrupo 70 si el servicio prestado se realiza como actividad ordinaria de la sociedad, que debería mostrarse formando parte del importe neto de la cifra de negocios. En caso contrario, esto es, si la sociedad obtiene estos ingresos con carácter accesorio, podrá emplearse una cuenta del subgrupo 75.

Por su parte, la regulación de la moneda extranjera se encuentra recogida en la norma de registro y valoración 11.^a «Moneda extranjera» del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, donde se señala que:

«Toda transacción en moneda extranjera se convertirá a moneda funcional mediante la aplicación al importe en moneda extranjera, del tipo de cambio de contado, es decir, del tipo de cambio

utilizado en las transacciones con entrega inmediata, entre ambas monedas, en la fecha de la transacción, entendida como aquella en la que se cumplan los requisitos para su reconocimiento.»

En lo relativo a la valoración posterior, el punto 1.2.1 de la citada norma dispone que, al cierre del ejercicio, las partidas monetarias se valorarán aplicando el tipo de cambio medio de contado existente en esa fecha. Las diferencias de cambio, tanto positivas como negativas, que se originen en este proceso, se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en el que surjan. Este mismo criterio debe seguirse cuando se produzca la liquidación de dichas partidas.

Entrando en el fondo de la cuestión planteada por el consultante, cabe indicar que dado que la sociedad tiene contabilizadas dos partidas monetarias en moneda extranjera, una de activo (efectivo en dólares) y otra de pasivo (que pone de manifiesto la operación por cuenta ajena, y para cuyo reconocimiento se propone emplear una cuenta del subgrupo 55 o del subgrupo 56 de depósitos recibidos, dependiendo de la naturaleza de la operación), la baja de ambos conceptos pondrá de manifiesto una diferencia de signo positivo y otra de signo negativo, por el mismo importe, sin que dicha transacción deba en consecuencia originar resultado alguno para la sociedad.

EJEMPLO:

La sociedad «MERLÍN, SA», consignataria de buques, ha recibido el día 23 de diciembre del año 2010, una transferencia de 250.000 dólares de uno de sus clientes, «MORGANA, SA», armador del buque «GINEBRA DE LOS MARES», para atender diversos gastos de mantenimiento del buque durante su estancia en el puerto de Valencia. En esa fecha el tipo de cambio del dólar es de 0,845 euros.

Al cierre del ejercicio, 31 de diciembre, aún no han finalizado las labores de mantenimiento del barco y el tipo de cambio del dólar es de 0,863 euros.

Finalmente, la sociedad «MERLÍN, SA» paga 245.000 dólares por los servicios de mantenimiento del «GINEBRA DE LOS MARES» el día 7 de enero de 2011 quedándose el resto en concepto de comisión. El tipo de cambio del dólar en este momento es de 0,855 euros.

Se pide:

Contabilidad de las operaciones anteriores en los libros de la sociedad «MERLÍN, SA».

Solución:

23 de diciembre de 2010. Recepción de los 250.000 dólares.

En el momento de contabilizar la operación se aplicará la regla prevista en la norma de registro y valoración 11.^a para el registro inicial de cualquier transacción en moneda extranjera, aplicando el tipo de cambio de contado existente en el momento de realizarse.

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera (250.000 × 0,845)	211.250	
561	Depósitos recibidos a corto plazo		211.250

31 de diciembre de 2010. Cierre del ejercicio.

En este momento la sociedad «MERLÍN, SA» no ha dispuesto del dinero recibido por lo que mantiene en sus libros dos partidas en moneda extranjera de carácter monetario. La valoración de estas partidas se realizará, igualmente, de acuerdo con lo previsto en la norma de registro y valoración 11.^a, aplicando el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio. Lógicamente, el importe de las diferencias será igual y de signo contrario, no originando ningún resultado en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad.

Valor inicial de los 250.000 dólares	211.250
Valor al cierre del ejercicio (250.000 × 0,863)	215.750
Diferencia	4.500

Por el ajuste del banco:

Código	Cuenta	Debe	Haber
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera	4.500	
768	Diferencias positivas de cambio		4.500

Por el ajuste del depósito:

Código	Cuenta	Debe	Haber
668	Diferencias negativas de cambio	4.500	
561	Depósitos recibidos a corto plazo		4.500

7 de enero de 2011. Pago de los gastos y reflejo de la comisión.

En esta fecha la sociedad registrará una nueva diferencia de igual importe y signo contrario en ambas partidas, según lo dispuesto en la mencionada norma de registro y valoración 11.^a.

Valor contable de los 250.000 dólares	215.750
Valor al cierre del ejercicio (250.000 × 0,855)	213.750
Diferencia	2.000

.../...

.../...

Por el ajuste del banco:

Código	Cuenta	Debe	Haber
668	Diferencias negativas de cambio	2.000	
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera		2.000

Por el ajuste del depósito:

Código	Cuenta	Debe	Haber
561	Depósitos recibidos a corto plazo	2.000	
768	Diferencias positivas de cambio		2.000

Por el pago de los servicios de mantenimiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
561	Depósitos recibidos a corto plazo ($245.000 \times 0,855$)	209.475	
573	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera		209.475

Por el reconocimiento de la comisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
561	Depósitos recibidos a corto plazo	4.275	
754	Ingresos por comisiones ($5.000 \times 0,855$)		4.275

BOICAC núm. 81, marzo 2010. Consulta 4. Reducción de capital

SUMARIO:

Sobre el registro contable de una operación de reducción de capital.

Respuesta:

Del texto de la consulta se desprende que una sociedad anónima, cuyo ejercicio económico coincide con el año natural, ha decidido realizar una reducción de capital para compensar las pérdidas en las que ha incurrido en los nueve primeros meses de 200X. A estos efectos, y tras haber cumplido con lo establecido en el artículo 168 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en el mes de octubre se otorga escritura pública de reducción de capital por compensación de pérdidas. El consultante pregunta el tratamiento de la operación en los dos supuestos siguientes:

- Inscripción de la escritura en el Registro Mercantil el 30 de noviembre de 200X.
- Inscripción de la escritura en el Registro Mercantil el 15 de enero de 200X+1.

El Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establece en su tercera parte «Cuentas anuales» y, en concreto, en la norma de elaboración sexta dedicada al balance, un apartado con el siguiente texto:

«9. El capital social y, en su caso, la prima de emisión o asunción de acciones o participaciones con naturaleza de patrimonio neto figurarán en los epígrafes A-1.I. "Capital" y A-1.II. "Prima de emisión", siempre que se hubiera producido la inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad a la formulación de las cuentas anuales. Si en la fecha de formulación de las cuentas anuales no se hubiera producido la inscripción en el Registro Mercantil, figurarán en la partida 5. "Otros pasivos financieros" o 3. "Otras deudas a corto plazo", ambas del epígrafe C.III "Deudas a corto plazo" del pasivo corriente del modelo normal o abreviado, respectivamente.»

De acuerdo con lo indicado anteriormente, y a pesar de que el apartado 9 de la norma de elaboración sexta «Balance», se refiere básicamente a las ampliaciones de capital, debemos entender que lo recogido en este apartado también resultaría aplicable en el caso de reducciones de capital.

Adicionalmente la norma de registro y valoración 23.^a «Hechos posteriores al cierre del ejercicio» dispone:

«Los hechos posteriores que pongan de manifiesto condiciones que ya existían al cierre del ejercicio deberán tenerse en cuenta para la formulación de las cuentas anuales. Estos hechos posteriores motivarán en las cuentas anuales, en función de su naturaleza, un ajuste, información en la memoria o ambos.»

Por tanto, siempre que la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de reducción sea anterior a la fecha de formulación de las cuentas anuales, la reducción de capital debería aparecer reflejada en el balance de cierre de ejercicio. A la vista de esta conclusión, el tratamiento contable de las dos situaciones planteadas sería el siguiente:

1. Si la inscripción en el Registro Mercantil se realizara en noviembre de 200X, la reducción de capital se reflejaría en el balance de 31 de diciembre de 200X.
2. Asimismo, si la inscripción en el Registro Mercantil el 15 de enero de 200X+1 fuera anterior a la formulación de cuentas anuales, también se incorporaría la reducción de capital al balance de 31 de diciembre de 200X. Solo en el caso de que las cuentas anuales se formularan antes del 15 de enero de 200X+1, la reducción de capital debería registrarse en el balance correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio 200X+1 si la inscripción se realiza después de esa fecha.

Cuando la reducción de capital social se refleje en el balance del ejercicio cerrado en 200X, el resultado que arroje la cuenta de pérdidas y ganancias de ese ejercicio, en la que se reflejarán todos los ingresos y gastos, no coincidirá con el epígrafe del patrimonio neto en que lucen los resultados del ejercicio, debido a la compensación de las pérdidas producidas en los nueve primeros meses de 200X.

La información sobre esta operación deberá recogerse en la memoria y en el estado total de cambios en el patrimonio neto correspondiente al ejercicio 200X, circunstancia que motivará el reconocimiento de un ajuste positivo, por el importe de las pérdidas que se compensan, en la columna correspondiente al resultado del ejercicio que deberá mostrarse como una operación con socios o propietarios en la partida 2. «Reducciones de capital».

EJEMPLO:

La sociedad «AMC, SA» ha obtenido durante los nueve primeros meses del año 20X0 unas pérdidas de 4.000.000 de euros.

La Junta General de Accionistas decide el 15 de octubre de 20X0 compensar la totalidad de las pérdidas generadas durante esos nueve meses, acordándose utilizar la totalidad de la reserva legal y partiendo del siguiente balance elaborado en fecha 30 de septiembre de 20X0:

.../...

.../...

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Cuentas de activo	22.000.000	Capital social (100)	15.000.000
		Reserva legal (112)	500.000
		Reservas voluntarias (113)	500.000
		Resultado del ejercicio (129)	-4.000.000
		Cuentas de pasivo	10.000.000
Total	22.000.000	Total	22.000.000

La reducción de capital se efectuará mediante la reducción del valor nominal de las acciones existentes en circulación. A estos efectos, el capital social está integrado por 1.000.000 de acciones ordinarias de 15 euros de nominal.

El acuerdo de la Junta General se eleva a escritura pública el 2 de noviembre de 20X0.

Las pérdidas totales del año 20X0 ascienden a 5.000.000 de euros.

Se pide:

Contabilizar lo que proceda e indicar los datos que figurarán en las cuentas anuales del año 20X0 si:

- a) La reducción de capital se inscribe en el Registro Mercantil el 15 de noviembre de 20X0.
- b) La reducción de capital se inscribe en el Registro Mercantil el 15 de enero de 20X1, sin que a esa fecha se hubieran formulado las cuentas anuales del ejercicio precedente.
- c) La reducción de capital se inscribe en el Registro Mercantil el 15 de enero de 20X1, habiéndose formulado en esa fecha las cuentas anuales del ejercicio precedente.

Solución:

La Consulta 1 del BOICAC 84 regula el tratamiento contable de las reducciones de capital para compensar pérdidas del propio ejercicio, centrándose en el momento del registro contable y en la inclusión de la misma en las cuentas anuales. A estos efectos se plantean las siguientes hipótesis:

- 1. Si la inscripción de la reducción de capital se produce en el mismo ejercicio en que se acuerda, la reducción de capital se reflejaría en las cuentas anuales de dicho ejercicio.
- 2. Si la inscripción de la reducción de capital se produce en el siguiente ejercicio pero antes de la formulación de las cuentas anuales del ejercicio precedente, la reducción de capital se reflejaría en las cuentas anuales del ejercicio precedente.

.../...

.../...

3. Si la inscripción de la reducción de capital se produce en el siguiente ejercicio pero después de la formulación de las cuentas anuales del ejercicio precedente, la reducción de capital se reflejará en las cuentas anuales del ejercicio en que se inscribe la reducción de capital.

Por otro lado, la propia consulta establece que si la reducción de capital se refleja en el balance del ejercicio en el que se acuerda, el resultado que arroje la cuenta de pérdidas y ganancias de ese ejercicio, en la que se reflejarán todos los ingresos y gastos, no coincidirá con el epígrafe del patrimonio neto en que lucen los resultados del ejercicio, debido a la compensación de las pérdidas producidas en los nueve primeros meses de 20X0.

Asimismo, se indica que deberá informarse en la memoria y que figurará en el estado de cambios en el patrimonio neto como operación con socios o propietarios.

Teniendo en cuenta las condiciones del acuerdo de la Junta, las pérdidas de 4.000.000 se compensarán del siguiente modo:

- 500.000 euros con cargo a reservas voluntarias.
- 500.000 euros con cargo a reserva legal.
- 3.000.000 de euros con cargo a capital social.

Lo anterior supone que el nominal de cada una de las acciones, respetando el principio de paridad de trato recogido en el artículo 320 de la Ley de Sociedades de Capital, se reduce en 3 euros, pasando a estar compuesto por 1.000.000 de acciones ordinarias de 12 euros de valor nominal.

OPCIÓN A)

15 de noviembre de 20X0

Por la reducción de capital se realizará la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	500.000	
112	Reserva legal	500.000	
100	Capital social	3.000.000	
129	Resultado del ejercicio		4.000.000

En el balance del año 20X0 las cuentas de patrimonio neto presentarán los siguientes importes:

Patrimonio neto	Importe
Capital social (100)	12.000.000
Resultado del ejercicio (129)	-1.000.000
Total	11.000.000

.../...

.../...

En la cuenta resultado del ejercicio figurarán exclusivamente las pérdidas generadas a partir del 30 de septiembre de 20X0, no coincidiendo este importe con el que resulta de la cuenta de pérdidas y ganancias que comprenderá la totalidad de las pérdidas del ejercicio, es decir, 5.000.000 de euros.

Por último, en el estado de cambios en el patrimonio neto, teniendo en cuenta solo los datos de los que se disponen en el supuesto, figurará lo siguiente:

	Capital	Otras reservas	Resultado del ejercicio	Total
SALDO AJUSTADO, INICIO DEL AÑO 20X0	15.000.000	1.000.000		16.000.000
I. Total ingresos y gastos reconocidos.			-5.000.000	-5.000.000
II. Operaciones con socios o propietarios.				
1. Aumentos de capital.				
2. (-) Reducciones de capital.	-3.000.000	-1.000.000	4.000.000	
3. Conversión de pasivos financieros en patrimonio neto (conversión obligaciones, condonaciones de deudas).				
4. (-) Distribución de dividendos.				
5. Operaciones con acciones o participaciones propias (netas).				
6. Incremento (reducción) de patrimonio neto resultante de una combinación de negocios.				
7. Otras operaciones con socios o propietarios.				
III. Otras variaciones del patrimonio neto.				
E. SALDO, FINAL DEL AÑO 20X0	12.000.000	0	-1.000.000	11.000.000

OPCIÓN B)

La solución es idéntica a la formulada en la opción a) dado que aunque la inscripción se realiza en el ejercicio siguiente, esta se efectúa con carácter previo a la formulación de las cuentas anuales.

OPCIÓN C)

15 de enero de 20X0

Por la reducción de capital se realizará la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	500.000	
112	Reserva legal	500.000	
100	Capital social	3.000.000	
129	Resultado del ejercicio		4.000.000

.../...

.../...

En este supuesto, dado que en el momento de la inscripción ya se han formulado las cuentas anuales del año 20X0, la reducción de capital se registrará en las cuentas anuales del año 20X1. Por consiguiente, las cuentas que figurarán en el balance del año 20X0 serán las siguientes:

Patrimonio neto	Importe
Capital social (100)	15.000.000
Reserva legal (112)	500.000
Reservas voluntarias (113)	500.000
Resultado del ejercicio (129)	-5.000.000
Total	11.000.000

En este supuesto, el importe de la cuenta resultado del ejercicio, que comprende el resultado de todo el ejercicio, coincidirá con el resultante de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por último, en el estado de cambios en el patrimonio neto, teniendo en cuenta solo los datos de los que se disponen en el supuesto, y por el año 20X0 figurará lo siguiente:

	Capital	Otras reservas	Resultado del ejercicio	Total
SALDO AJUSTADO, INICIO DEL AÑO 20X0	15.000.000	1.000.000		16.000.000
I. Total ingresos y gastos reconocidos.			-5.000.000	-5.000.000
II. Operaciones con socios o propietarios.				
1. Aumentos de capital.				
2. (-) Reducciones de capital.				
3. Conversión de pasivos financieros en patrimonio neto (conversión obligaciones, condonaciones de deudas).				
4. (-) Distribución de dividendos.				
5. Operaciones con acciones o participaciones propias (netas).				
6. Incremento (reducción) de patrimonio neto resultante de una combinación de negocios.				
7. Otras operaciones con socios o propietarios.				
III. Otras variaciones del patrimonio neto.				
E. SALDO, FINAL DEL AÑO 20X0	15.000.000	1.000.000	-5.000.000	11.000.000

SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE SEGUROS DEL ESTADO

SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE ADMISSION TO THE SUPERIOR BODY OF THE STATE INSURANCE INSPECTORS

JAVIER ROMANO APARICIO

JAVIER GONZÁLEZ SAINZA

Profesores del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema general de acceso libre al Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado, convocada por Orden EHA/2004/2009, de 14 de julio (BOE del 24)].

Sumario

- Caso 1. Informe de contabilidad financiera. Operación A:** Derecho de superficie por parte de la sociedad receptora del mismo, que como contraprestación entrega una cantidad en efectivo a la firma del contrato y adicionalmente se obliga a la construcción de un inmueble cuya vida económica es superior al plazo por el que se otorga el citado derecho.
- Operación B:** Cobertura de flujos de efectivo.
- Operación C:** Valoración de existencias con devoluciones de compras.
- Caso 2. Contabilidad de sociedades.** Ampliación de capital con aportaciones dinerarias y desembolsos pendientes anteriores. Aumento de capital social incompleto. Distribución del resultado y limitaciones. Análisis del artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital.
- Caso 3. Análisis de los estados financieros.** Reconstrucción del balance situación (balance pro-forma). Ratios. Rentabilidad financiera. Valor teórico de las acciones.
- Caso 4. Consolidación de estados financieros.** Formación del grupo. Adquisiciones posteriores. Fondo de comercio. Ampliación de capital. Formulación de los estados financieros consolidados.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

INFORME DE CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

La sociedad «XXX» ha realizado entre otras las siguientes operaciones:

OPERACIÓN A

La sociedad «XXX» ha recibido el 1 de enero de 2009 un derecho de superficie por 15 años a cambio de:

- 100.000 u.m. en efectivo en la fecha en que se inicia la cesión del derecho de superficie.
- La entrega (al finalizar el plazo de cesión del derecho de superficie) de una construcción que construye sobre el terreno cuya vida económica es de 40 años (se supone que se pone en condiciones de funcionamiento al inicio del plazo de cesión). El coste de la construcción ha sido de 150.000 u.m. pagado al constructor en la fecha de inicio del plazo de la cesión del derecho de superficie. Supuesto tipo de interés de mercado en la fecha de la cesión de 6 por 100.

Se conoce además:

Año	Importe inicial	Ingresos financieros	Imputación a resultados	Importe final
1	100.000,00	6.000,00	-10.296,28	95.703,72
2	95.703,72	5.742,22	-10.296,28	91.149,67
3	91.149,67	5.468,98	-10.296,28	86.322,37
4	86.322,37	5.179,34	-10.296,28	81.205,44
5	81.205,44	4.872,33	-10.296,28	75.781,49
6	75.781,49	4.546,89	-10.296,28	70.032,10
7	70.032,10	4.201,93	-10.296,28	63.937,75
8	63.937,75	3.836,27	-10.296,28	57.477,74
9	57.477,74	3.448,66	-10.296,28	50.630,13
10	50.630,13	3.037,81	-10.296,28	43.371,66
11	43.371,66	2.602,30	-10.296,28	35.677,69
12	35.677,69	2.140,66	-10.296,28	27.522,07
				.../...

Año	Importe inicial	Ingresos financieros	Imputación a resultados	Importe final
.../...				
13	27.522,07	1.651,32	-10.296,28	18.877,12
14	18.877,12	1.132,63	-10.296,28	9.713,47
15	9.713,47	582,81	-10.296,28	0,00

OPERACIÓN B

La sociedad «XXX» suscribe a 31 de octubre de 2008 un contrato para cubrir el riesgo en moneda extranjera, concretamente realiza una compraventa a plazo (6 meses) de 210.000 dólares USA, al tipo de cambio de 1,5 dólares por 1 euro. Por ese contrato no se ha pagado ninguna prima.

La sociedad tiene necesidad de adquirir al finalizar el primer cuatrimestre de 2009: 7.000 unidades de materias primas a razón de 30 dólares USA.

A 31 de diciembre de 2008 el tipo de cambio es de 1,6 dólares por 1 euro; y a 30 de abril de 2009 el tipo de cambio es de 1,3 dólares por 1 euro.

OPERACIÓN C

La sociedad «XXX» ha vendido a clientes:

- Existencias tipo «A» por importe de 60.000 euros con un beneficio del 32 por 100 sobre el precio de venta a pagar a los seis meses.
- Existencias tipo «B» por importe de 80.000 euros con un beneficio del 35 por 100 sobre el precio de venta a pagar a los nueve meses.
- Existencias tipo «C» por importe de 70.000 euros con un beneficio del 30 por 100 sobre el precio de venta a pagar a los tres meses.
- Existencias tipo «D» por importe de 100.000 euros con un beneficio del 40 por 100 sobre el precio de venta a pagar a los nueve meses.

Vencido los plazos de cobro la sociedad «XXX» acuerda con los clientes la devolución de las existencias a cambio de la totalidad del crédito.

Se sabe que en la fecha de la devolución las existencias tienen un valor de mercado:

- Tipo «A»: 65.000 euros.
- Tipo «B»: 50.000 euros.
- Tipo «C»: 70.000 euros.
- Tipo «D»: 75.000 euros.

TRABAJO A REALIZAR:

Realizar un informe razonado en el que se propondrán los asientos contables necesarios para contabilizar las operaciones indicadas, distinguiendo las distintas posibilidades, con arreglo a las normas contables españolas.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

OPERACIÓN A

La cuestión que se plantea en el ejercicio, el tratamiento contable de un derecho de superficie por parte de la sociedad receptora del mismo, que como contraprestación entrega una cantidad en efectivo a la firma del contrato y adicionalmente se obliga a la construcción de un inmueble cuya vida económica es superior al plazo por el que se otorga el citado derecho, ha sido tratada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en la Consulta número 7 del BOICAC 77 de marzo de 2009.

La consulta indica que por la contraprestación consistente en un importe en efectivo que se satisface por anticipado, y siempre que la cesión deba calificarse como un arrendamiento operativo, el importe entregado deberá contabilizarse como el anticipo de una prestación de servicios. Su tratamiento contable se ajustará a los siguientes criterios:

- El importe entregado se contabilizará en el epígrafe VII. «Deudores comerciales no corrientes» del activo del balance, dentro de la partida «Periodificaciones a largo plazo» que deberá crearse a tal efecto, debiendo proceder a su actualización al cierre de cada ejercicio en función del tipo de interés de mercado existente en el momento inicial.
- Dicho anticipo se imputará a la partida 7. «Otros gastos de explotación» de la cuenta de pérdidas y ganancias a lo largo del periodo de cesión y a medida que se reciban los beneficios económicos del activo cedido en uso. A tal efecto, salvo que pueda identificarse otro patrón de consumo más relevante, se presumirá que la imputación lineal es la que mejor refleja esta circunstancia.

Por último, en relación con el pago que se materializa en la entrega a la propietaria del suelo al final del plazo de la cesión de un inmueble, cabe señalar que el coste incurrido en su construcción se contabilizará como un inmovilizado material en sintonía con el criterio incluido en la norma de registro y valoración (NRV) 3.^a h) del Plan General de Contabilidad (PGC) 2007. La amortización de estas inversiones se realizará en función de su vida útil que será la duración del acuerdo de cesión –incluido el periodo de renovación cuando existan evidencias que soporten que la misma se va a producir–, cuando esta sea inferior a la vida económica del activo.

1 de enero de 2009

Por la entrega de la cuantía entregada para la utilización del terreno desglosando las partes correspondientes en largo y corto plazo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Deudores comerciales no corrientes (anticipos a largo plazo)	95.703,72	
–	Deudores comerciales corrientes (anticipos a corto plazo) (100.000,00 – 95.703,72)	4.296,28	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000,00

Por la construcción del edificio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	150.000,00	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		150.000,00

31 de diciembre de 2009

Por la actualización de los anticipos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Deudores comerciales corrientes (anticipos a corto plazo)	6.000,00	
769	Otros ingresos financieros		6.000,00

Por el reconocimiento del arrendamiento del ejercicio aplicando el anticipo:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	10.296,28	
–	Deudores comerciales corrientes (anticipos a corto plazo)		10.296,28

Por la amortización del edificio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	10.000,00	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (150.000/15)		10.000,00

Por la reclasificación a corto plazo de la parte correspondiente al anticipo que se aplicará en el ejercicio siguiente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
–	Deudores comerciales corrientes (anticipos a corto plazo)	4.554,05	
–	Deudores comerciales no corrientes (anticipos a largo plazo) (95.703,72 – 91.149,67)		4.554,05

En los siguientes ejercicios económicos los anteriores criterios contables permanecen constantes hasta la terminación de la operación.

OPERACIÓN B

La operación descrita es una operación de cobertura de flujos de efectivo. Este caso concreto está expuesto en la Consulta número 3 del BOICAC 77 de marzo de 2009.

La consulta indica que el PGC aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, no regula de forma expresa los denominados «seguros de cambio» que garantizan a la empresa un tipo de cambio fijo para todas sus adquisiciones en moneda extranjera a lo largo de un determinado periodo de tiempo.

No obstante, dado que a la vista del fondo económico de estos contratos (que con carácter general adoptan la forma de compraventa a plazo de moneda extranjera u opciones sobre divisas), puede concluirse que cumplen la definición de instrumentos financieros derivados incluida en la NRV 9.^a del PGC, su tratamiento contable se ajustará al criterio previsto en el apartado 2.3 de esta norma, salvo que la empresa designe el seguro como un instrumento de cobertura y aplique el régimen de coberturas contables previsto en el apartado 6 de la NRV 9.^a.

En este sentido, una cobertura contable supone que, cuando se cumplan determinados requisitos, los instrumentos de cobertura y las partidas cubiertas se registrarán aplicando los criterios específicos recogidos en el citado apartado. En particular las coberturas contables requieren en el momento inicial una designación formal, una documentación de la relación de cobertura y además la cobertura deberá ser altamente eficaz.

Concretamente, la operación descrita por el consultante debería calificarse como una cobertura de flujos de efectivo ya que su objetivo es cubrir el riesgo de cambio relacionado con una transacción prevista altamente probable –la compra de existencias– que afectará a la cuenta de pérdidas y ganancias.

La valoración inicial del derivado se corresponderá con su valor razonable, equivalente, a la prima que en su caso se haya desembolsado en el momento de la contratación. Con posterioridad, la parte de la ganancia o pérdida del instrumento de cobertura que se haya determinado como cobertura eficaz, se reconocerá transitoriamente en el patrimonio neto, imputándose como menor o mayor valor de las existencias cuando se produzca su adquisición; la variación de valor razonable del instrumento derivado que deba calificarse como cobertura no eficaz se imputará directamente a resultados. En el momento de la adquisición de las existencias finalizará la cobertura contable, en la medida en que al haberse registrado la compra, habrá desaparecido el riesgo específico cubierto que podía tener impacto en la cuenta de pérdidas y ganancias como consecuencia de las variaciones en los flujos de efectivo de la partida cubierta, es decir, el mayor o menor gasto por la compra de existencias, derivado del mayor o menor importe a desembolsar en moneda extranjera, como consecuencia de la variación de los tipos de cambio.

En el supuesto de que en el momento de la compra el pago al proveedor se aplazase por un periodo de 60 días, al haber cesado la cobertura contable, la valoración posterior de la partida de proveedores en moneda extranjera, se efectuaría de acuerdo con lo previsto en el apartado 1.2.1 de la NRV 11.^a «Moneda extranjera», salvo que la empresa decidiese cubrir el riesgo de tipo de cambio relacionado con el pasivo financiero y pudiese aplicar el régimen de coberturas contables pertinente –cobertura de valor razonable–, de acuerdo con lo previsto en el apartado 6 de la NRV 9.^a.

En el momento inicial, al no haberse pagado prima, no procede asiento contable. De haberse pagado se reconocería en la cuenta «Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura» (5593).

31 de diciembre de 2008

Por el ajuste del derivado llevando su diferencia a patrimonio, tal como indican las normas contables sobre coberturas:

• Valor contratado deuda (210.000\$/1,5)	140.000
• Valor a 31 de diciembre (210.000\$/1,6)	131.250
• Pérdida	8.750

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
810	Pérdidas por coberturas de flujos de efectivo	8.750	
5598	Pasivos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura		8.750

Por la regularización de la cuenta 810 al cierre del ejercicio:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
1340	Cobertura de flujos de efectivo	8.750	
810	Pérdidas por coberturas de flujos de efectivo		8.750

En el balance de situación al 31 de diciembre de 2008, figuran las siguientes cuentas derivadas de la contabilización de las operaciones anteriores:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
		PATRIMONIO	
		Cobertura de flujos de efectivo	-8.750
		PASIVO CORRIENTE	
		Pasivos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	8.750

31 de abril de 2009

Por la compra de 7.000 u.m. de existencias, siendo su precio de adquisición el importe contratado de la deuda (1,5):

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	140.000	
400	Proveedores (moneda extranjera) (210.000/1,5)		140.000

Por el ajuste del derivado al tipo de cambio del día de la operación:

Valor contratado deuda (210.000\$/1,5)	140.000
Valor a 3 de abril (210.000\$/1,3)	161.538
Ganancia	21.538
Valor contable del derivado	-8.750

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	21.538	
5598	Pasivos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura	8.750	
.../...			

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
910	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo		30.288

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de mercaderías	21.538	
5593	Activos por derivados financieros a corto plazo, instrumentos de cobertura		21.538

Por la transferencia de resultados, teniendo en cuenta que el importe imputado a patrimonio ha sido es el siguiente:

• Año 2008	-8.750
• Año 2009	30.288
• Resultado	21.538

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
812	Transferencia de beneficios por coberturas de flujos de efectivo	21.538	
600	Compras de mercaderías		21.538

Al cierre del ejercicio por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
910	Beneficios por coberturas de flujos de efectivo	30.288	
812	Transferencia de beneficios por coberturas de flujos de efectivo		21.538
1340	Cobertura de flujos de efectivo		8.750

Después de las operaciones anteriores no hay ningún resultado en patrimonio, y en resultado del ejercicio existe un gasto de 140.000 euros correspondiente a la compra de mercaderías como puede deducirse del mayor de la cuenta de «Compras de mercaderías» (600).

Compras de mercaderías	
Debe	Haber
140.000	21.538
21.538	
161.538	21.538
Saldo deudor: 140.000	

OPERACIÓN C

La NRV 10.^a «Existencias» del PGC señala que las existencias se valoran al precio de adquisición o coste de producción y que, posteriormente, cuando el valor neto realizable de las existencias sea inferior a su precio de adquisición o a su coste de producción, se efectuarán las oportunas correcciones valorativas reconociéndolas como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por tanto, en el caso que nos ocupa si las existencias han sido vendidas y posteriormente devueltas, en el momento de incorporarse de nuevo al inventario deberán valorarse al precio de adquisición inicial o a valor neto realizable si fuese menor, registrando el correspondiente deterioro si la pérdida se considera reversible, siendo esta última posibilidad la que utilizaremos a efectos de solución.

Existencia tipo «A»

$$\text{Precio de venta (PV)} = \text{Precio de coste (PC)} + \text{Margen}$$

$$\text{PV} = \text{PC} + 0,32 \text{ PV}$$

$$60.000 = \text{PC} + 0,32 \times 60.000$$

$$\text{PC} = 40.800$$

$$\text{Beneficio de la operación} = 60.000 - 40.800 = 19.200$$

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	60.000	
700	Ventas de mercaderías «A»		60.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
708	Devoluciones de ventas y operaciones similares	60.000	
430	Clientes		60.000

• Coste de inicial de las existencias	40.800
• Valor neto realizable	65.000
• Valor de incorporación al inventario	40.800
• Pérdida por deterioro	0

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías «A»	40.800	
610	Variación de existencias de mercaderías		40.800

Existencia tipo «B»

$$PV = PC + 0,35 PV$$

$$80.000 = PC + 0,35 \times 80.000$$

$$PC = 52.000$$

$$\text{Beneficio de la operación} = 80.000 - 52.000 = 28.000$$

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	80.000	
700	Ventas de mercaderías «B»		80.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
708	Devoluciones de ventas y operaciones similares	80.000	
430	Cientes		80.000

- Coste de inicial de las existencias 52.000
- Valor neto realizable 50.000
- Pérdida por deterioro 2.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	52.000	
610	Variación de existencias de mercaderías		52.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
693	Pérdidas por deterioro de existencias	2.000	
300	Mercaderías		2.000

Existencia tipo C

$$PV = PC + 0,30 PV$$

$$70.000 = PC + 0,30 \times 70.000$$

$$PC = 49.000$$

$$\text{Beneficio de la operación} = 70.000 - 49.000 = 21.000$$

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	70.000	
700	Ventas de mercaderías «B»		70.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
708	Devoluciones de ventas y operaciones similares	70.000	
430	Cientes		70.000

- Coste de inicial de las existencias 49.000
- Valor neto realizable 70.000
- Valor incorporación al patrimonio 49.000
- Pérdida por deterioro 0

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	49.000	
610	Variación de existencias de mercaderías		49.000

Existencia tipo «D»

$$PV = PC + 0,40 PV$$

$$100.000 = PC + 0,40 \times 100.000$$

$$PC = 60.000$$

$$\text{Beneficio de la operación} = 100.000 - 60.000 = 40.000$$

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	100.000	
700	Ventas de mercaderías «B»		100.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
708	Devoluciones de ventas y operaciones similares	100.000	
430	Cientes		100.000

• Coste de inicial de las existencias	60.000
• Valor neto realizable	75.000
• Valor incorporación al patrimonio	60.000
• Pérdida por deterioro	0

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	60.000	
610	Variación de existencias de mercaderías		60.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONTABILIDAD DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

1. La sociedad «YYY» ha realizado las siguientes operaciones:

- El 7 de febrero de 2008 ha emitido 10.000 acciones de 1.000 u.m. de nominal y 2.000 u.m. de prima de emisión cada una.
- Consecuencia de la promoción pública de las acciones se suscribe un 30 por 100 de las acciones emitidas hasta el 29 de febrero de 2008 y un 60 por 100 adicional hasta el 15 de marzo de 2008, fecha de finalización del plazo de suscripción.
- Se desembolsa un 30 por 100 del nominal de las acciones en el momento de la suscripción.
- La ampliación de capital se inscribe en el Registro Mercantil el 20 de marzo de 2008.

Se conoce que la sociedad «YYY» tenía con anterioridad unos desembolsos pendientes de accionistas por importe de 400.000 u.m.

2. La sociedad «HHH» tiene a 31 de diciembre de 2008 el siguiente balance (presentado de forma esquemática):

Activo	Importe (u.m.)
Fondo de comercio	100.000
Investigación y desarrollo	270.000
Otro activo	5.100.000
Total activo	5.470.000

Pasivo	Sociedad «M»
Capital social	1.000.000
Reserva legal	89.000
Reserva por fondo de comercio	25.000
Otras reservas	110.000
Pérdidas de ejercicios anteriores	-100.000
Pérdidas y ganancias	56.000
Ajustes por cambio de valor	65.000
Subvenciones, donaciones y legados recibidos	15.000
Dividendo entregado a cuenta	-35.000
Pasivo exigible	4.245.000
Total pasivo	5.470.000

- Se decide aplicar el resultado distribuyendo el mayor importe posible de dividendo complementario.

3. La sociedad «WWW» tiene a 31 de diciembre de 2008 el siguiente balance (presentado de forma esquemática):

Activo	Importe (u.m.)
Activo diverso	4.500.000
Total activo	4.500.000

Pasivo	Sociedad «M»
Capital	400.000
Reservas	40.000
Pérdidas de ejercicios anteriores	-310.000
Pérdidas y ganancias	-60.000
Ajustes por cambio de valor	68.000
Subvenciones, donaciones y legados recibidos	32.000
Pasivo exigible	4.330.000
Total pasivo	4.500.000

Se sabe que:

- En el ejercicio anterior el importe de la partida «Ajustes por cambio de valor» era 31.000 u.m.
- La partida «Subvenciones, donaciones y legados recibidos» refleja el importe de una subvención de capital que financia un activo fijo depreciable (con valor residual cero y una vida útil de 10 años) adquirido el 1 de enero de 2003.

- No se ha podido obtener financiación adicional (ni de los socios ni de terceros) para sanear las pérdidas.

TRABAJO A REALIZAR:

- a) Realizar los asientos contables necesarios para contabilizar las operaciones indicadas o derivadas del primer apartado, con arreglo a las normas contables españolas.
- b) Informar sobre la distribución de beneficios del apartado segundo.
- c) Se debe analizar si procede aplicar el artículo 363 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) en el caso del apartado tercero.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

A) REALIZAR LOS ASIENTOS CONTABLES NECESARIOS PARA CONTABILIZAR LAS OPERACIONES INDICADAS O DERIVADAS DEL PRIMER APARTADO, CON ARREGLO A LAS NORMAS CONTABLES ESPAÑOLAS

7 de febrero de 2008

La sociedad realiza en esta fecha la emisión de las acciones de una ampliación de capital con aportaciones dinerarias. Este tipo de ampliaciones de capital están reguladas en el artículo 299 de la LSC:

«1. En las sociedades anónimas, para todo aumento del capital cuyo contravalor consista en nuevas aportaciones dinerarias al patrimonio social, será requisito previo, salvo para las entidades aseguradoras, el total desembolso de las acciones anteriormente emitidas.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, podrá realizarse el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no exceda del 3 por 100 del capital social.»

También según el artículo 298 de la LSC:

«1. En los aumentos del capital social será lícita la creación de participaciones sociales y la emisión de acciones con prima.

2. La prima deberá satisfacerse íntegramente en el momento de la asunción de las nuevas participaciones sociales o de la suscripción de las nuevas acciones.»

En nuestro caso, existen unos desembolsos pendientes anteriores a la realización de la ampliación de capital de 400.000 u.m. por lo que antes de realizar la ampliación habrá sido necesario desembolsarlos y exigirlos.

Por la solicitud y cobro de estos dividendos pasivos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias	400.000	
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social		400.000

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	400.000	
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias		400.000

Por la emisión de las acciones de la ampliación de capital el día 7 de febrero:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas ($10.000 \times 1.000 \times 300\%$)	30.000.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		30.000.000

29 de febrero de 2008

Por las suscripciones recibidas hasta esta fecha con desembolso del 30 por 100 del valor nominal y la totalidad de la prima de emisión.

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción ($3.000 \times 1.000 \times 70\%$)	2.100.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	6.900.000	
190	Acciones o participaciones emitidas ($3.000 \times 1.000 \times 300\%$)		9.000.000

15 de marzo de 2008

Por la suscripción de 6.000 acciones y sus desembolsos:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción ($6.000 \times 1.000 \times 70\%$)	4.200.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	13.800.000	
190	Acciones o participaciones emitidas ($6.000 \times 1.000 \times 300\%$)		18.000.000

En esta misma fecha acaba el plazo de suscripción y no se han suscrito 1.000 acciones por lo que se deben anular los asientos relativos a su emisión. El aumento incompleto de la ampliación de capital social está tratado en el artículo 311 de la LSC:

«En las sociedades anónimas, cuando el aumento del capital no se haya suscrito íntegramente dentro del plazo fijado para la suscripción, el capital solo se aumentará en la cuantía de las suscripciones efectuadas si las condiciones de la emisión hubieran previsto expresamente esta posibilidad.»

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción ($1.000 \times 1.000 \times 300\%$)	3.000.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		3.000.000

20 de marzo de 2008

Por la inscripción de la ampliación en el Registro Mercantil:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción ($9.000 \times 1.000 \times 300\%$)	27.000.000	
100	Capital social ($9.000 \times 1.000 \times 100\%$)		9.000.000
110	Prima de emisión o asunción ($9.000 \times 1.000 \times 200\%$)		18.000.000

Por la reclasificación de las subcuentas de la cuenta «Socios por desembolsos no exigidos» (103) una vez realizada la inscripción en el Registro Mercantil:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social	6.300.000	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción		6.300.000

B) INFORMAR SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS DEL APARTADO SEGUNDO

En primer lugar, calculamos el patrimonio neto, ya que según el artículo 273.2 de la LSC:

«2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, solo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta.»

El importe del patrimonio a considerar es el que se refiere el artículo 36 del Código de Comercio:

«Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten. A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria de capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo. También a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto.»

Conceptos	Importe
Capital social	1.000.000
Reserva legal	89.000
Reserva por fondo de comercio	25.000
Otras reservas	110.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-100.000
Resultado del ejercicio	56.000
Ajustes por cambio de valor	65.000
Subvenciones oficiales de capital	15.000
Dividendo activo a cuenta	-35.000
Patrimonio neto	1.225.000

$$1.225.000 > 1.000.000$$

La sociedad podría repartir, salvo otras limitaciones legales, 225.000 u.m. en forma de dividendos, aunque debemos tener en cuenta que la propia limitación la impone el propio importe del resultado del ejercicio, ya que el enunciado no menciona en ningún momento que haya reparto de dividendos con cargo a reservas.

La distribución del beneficio, expresada en forma de asiento, es la siguiente:

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	56.000	
112	Reserva legal (1)		5.600
.../...			

Cuenta	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
1143	Reserva por fondo de comercio (2)		5.000
557	Dividendo activo a cuenta		35.000
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores o		10.400
113	Reservas voluntarias		

(1) La dotación a la reserva legal está regulada en el artículo 274.1. de la LSC:

«En todo caso, una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social.»

Conceptos	Importe
20% capital social (20% 1.000.000)	200.000
Reserva legal anterior	89.000
Dotación del ejercicio (10% 56.000)	5.600

(2) El enunciado del ejercicio aporta en el activo del balance la cuenta «Fondo de comercio» (204). El artículo 274.4 de la LSC establece:

«En cualquier caso, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio que aparezca en el activo del balance, destinándose a tal efecto una cifra del beneficio que represente, al menos, un 5 por 100 del importe del citado fondo de comercio. Si no existiera beneficio, o este fuera insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición.»

$$5\% 100.000 = 5.000$$

La existencia de gastos de I+D activado también puede implicar una restricción en el reparto de dividendos, ya que el artículo 273.3 señala:

«Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.»

En nuestro caso:

I+D	Importe	Saldo acreedores	Importe
Investigación y desarrollo	270.000	Otras reservas	110.000
		Déficit	160.000

Este déficit no se puede cubrir con el resultado por lo que no se puede repartir dividiendo alguno utilizando como contrapartida las cuentas de «Resultados negativos de ejercicios anteriores» (121) «Reservas voluntarias» (113) además de dar de baja en este caso concreto la cuenta «Dividendo activo a cuenta» (557).

La entrega de dividendos a cuenta está regulada en el artículo 277 de la LSC:

«La distribución entre los socios de cantidades a cuenta de dividendos solo podrá acordarse por la junta general o por los administradores bajo las siguientes condiciones:

- a) Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria.
- b) La cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados.»

En el caso del supuesto no existen datos sobre la situación patrimonial que tenía la sociedad cuando se produjo la entrega del dividendo a cuenta. No obstante, en su caso, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 278 de la LSC sobre restitución de dividendos:

«Cualquier distribución de dividendos o de cantidades a cuenta de dividendos que contravenga lo establecido en esta ley deberá ser restituida por los socios que los hubieren percibido, con el interés legal correspondiente, cuando la sociedad pruebe que los perceptores conocían la irregularidad de la distribución o que, habida cuenta de las circunstancias, no podían ignorarla.»

C) SE DEBE ANALIZAR SI PROCEDE APLICAR EL ARTÍCULO 363 DE LA LSC EN EL CASO DEL APARTADO TERCERO

El artículo 363 de la LSC se refiere a las causas de disolución de las sociedades de capital y en su apartado e) indica:

«Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que este se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.»

La cuantificación del patrimonio neto se realiza de la forma establecida en el artículo 36 del Código de Comercio [véase apartado b) de este mismo ejercicio].

Conceptos	Importe
Capital social	400.000
Reservas	40.000
Resultados negativos de ejercicios anteriores	-310.000
Resultado del ejercicio	-60.000
Ajustes por cambio de valor	68.000
Subvenciones oficiales de capital	32.000
Total patrimonio neto	170.000

Al ser $170.000 < 50\% 400.000$ procede la aplicación del apartado e) del artículo 363 de la LSC. La sociedad tiene tres alternativas:

- Disolución.
- Aumento de capital.
- Reducción de capital para compensar las pérdidas.

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

ANÁLISIS DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

ENUNCIADO

Los administradores de la sociedad «XXX» están examinando la compra de una empresa con el requisito de que tiene que cumplir a medio plazo ciertos requisitos establecidos por la junta general.

Los requisitos son los siguientes, que:

- Se obtenga un resultado igual a 40.000 u.m.
- El ratio de circulante sea: 1,40.
- El ratio de endeudamiento sea: 0,61818182.
- La rentabilidad económica sea: 1,81818182.
- La rentabilidad financiera sea: 5 por 100 (importe sin incluir el resultado en el patrimonio neto).
- El activo no corriente sea: 1.500.000 u.m.
- Los ajustes por cambio de valor sean: 10.000 u.m.

Además, se supone que el activo total no ha variado a lo largo del ejercicio y que no hay modificación de ajustes por cambio de valor.

La estructura del balance es la siguiente:

Activo no corriente	
Activo corriente	
Total activo	
Fondos propios	
Ajustes por cambio de valor	
Pasivo no corriente	
Pasivo corriente	
Total patrimonio neto y pasivo	

TRABAJO A REALIZAR:

A partir de la información suministrada:

- Calcular las partidas que corresponden en el esquema de balance si se cumplieran los objetivos (requisitos) señalados.
- Diga si con los restantes requisitos invariables se podría elevar la rentabilidad financiera al 10 por 100.
- Determinar el valor teórico por acción, suponiendo que hay 10.000 acciones..

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

A. CALCULAR LAS PARTIDAS QUE CORRESPONDEN EN EL ESQUEMA DE BALANCE SI SE CUMPLIERAN LOS OBJETIVOS (REQUISITOS) SEÑALADOS

El punto de partida a partir de la información suministrada por el enunciado es el siguiente:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activo no corriente	1.500.000	Fondos propios	
Activo corriente		Ajustes por cambio de valor	10.000
		...	...

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
.../...		Pasivo no corriente	
		Pasivo corriente	
Total		Total	

A partir de la rentabilidad económica:

$$\text{Rentabilidad económica} = \frac{\text{Beneficio}}{\text{Activo total}} \rightarrow 0,0181818 = \frac{40.000}{\text{Activo total}} \rightarrow \text{Activo total} = 2.200.000$$

Y desde la rentabilidad financiera:

$$\text{Rentabilidad financiera} = \frac{\text{Beneficio}}{\text{Patrimonio}} \rightarrow 0,05 = \frac{40.000}{\text{Patrimonio}} \rightarrow \text{Patrimonio} = 800.000$$

Por tanto, la composición del patrimonio neto será:

Conceptos	Importe
Fondos propios (excluido el resultado del ejercicio)	750.000
Resultado del ejercicio	40.000
Ajustes por cambio de valor	10.000
Total	800.000

En este momento los datos conocidos y obtenidos del balance son los siguientes:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activo no corriente	1.500.000	Fondos propios	790.000
Activo corriente		Ajustes por cambio de valor	10.000
		Resultado del ejercicio	40.000
		Pasivo no corriente	
		Pasivo corriente	
Total		Total	

A partir del ratio de endeudamiento tenemos:

$$\text{Ratio de endeudamiento} = \frac{\text{Pasivo}}{\text{Pasivo} + \text{Patrimonio}} \rightarrow 0,61818182 = \frac{\text{Pasivo}}{\text{Pasivo} + 840.000} \rightarrow \text{Pasivo} = 1.360.000$$

Por tanto, el importe del patrimonio más el pasivo es $840.000 + 1.360.000 = 2.200.000$, importe que a su vez será el total del activo por lo que el activo corriente se obtiene por diferencia ascendiendo su importe a 700.000 u.m.

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activo no corriente	1.500.000	Fondos propios	790.000
Activo corriente	700.000	Ajustes por cambio de valor	10.000
		Resultado del ejercicio	40.000
		Pasivo no corriente	
		Pasivo corriente	
Total	2.200.000	Total	2.200.000

Por último, nos queda determinar los importes del pasivo no corriente y corriente. La cuantía de este último se puede obtener a partir del ratio de circulante:

$$\text{Ratio de circulante} = \frac{\text{Activo circulante}}{\text{Patrimonio circulante}} \rightarrow 1,40 = \frac{700.000}{\text{Pasivo circulante}} \rightarrow \text{Pasivo circulante} = 500.000$$

El importe del pasivo no corriente se obtiene por diferencia, ya que se conoce el importe del patrimonio neto más el pasivo y todas las partidas que lo componen, excepto el propio pasivo no corriente:

$$\text{Pasivo no corriente} = (\text{Patrimonio} + \text{Pasivo}) - \text{Patrimonio} - \text{Pasivo corriente}$$

$$\text{Pasivo no corriente} = 2.200.000 - 840.000 - 500.000 = 860.000$$

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos no corriente	1.500.000	Fondos propios	790.000
Activo corriente	700.000	Ajustes por cambio de valor	10.000
		Resultado del ejercicio	40.000
		Pasivo no corriente	860.000
		Pasivo corriente	500.000
Total	2.200.000	Total	2.200.000

B) DIGA SI CON LOS RESTANTES REQUISITOS INVARIABLES SE PODRÍA ELEVAR LA RENTABILIDAD FINANCIERA AL 10 POR 100

La rentabilidad financiera se define como el cociente entre el resultado del ejercicio y el patrimonio, por lo que la rentabilidad financiera sería:

$$\frac{40.000}{800.000} = 0,05 \rightarrow 5\%$$

Lógicamente para incrementar esta rentabilidad al 10 por 100, bien se incrementa el resultado o se disminuye el patrimonio. El enunciado señala que ese incremento se puede conseguir manteniendo estas magnitudes invariables por lo que no se podrá elevar la rentabilidad al 10 por 100.

C) DETERMINAR EL VALOR TEÓRICO POR ACCIÓN, SUPONIENDO QUE HAY 10.000 ACCIONES

El valor teórico de las acciones se obtiene dividiendo el importe del patrimonio (840.000) entre el número de acciones:

$$\frac{840.000}{10.000} = 84$$

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

CONSOLIDACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

ENUNCIADO

- Las sociedades «A», «B», «C», y «D» forman un grupo de sociedades.
- La sociedad «A» adquirió el 80 por 100 del capital de la sociedad «B» el 31 de diciembre de 2001 por importe de 200.000 u.m. En esa fecha, que es la fecha de control, el patrimonio neto de la sociedad «B» era 120.000 u.m. (importe que coincide con su valor razonable, excluido el fondo de comercio). Posteriormente, el 1 de enero de 2004, la sociedad «A» adquirió el 20 por 100 restante del capital de la sociedad «B» por importe de 40.000 u.m. En la última fecha indicada el patrimonio neto de la sociedad «B» era 200.000 u.m., importe que coincidía con su valor razonable, excluido el fondo de comercio.
- La sociedad «A» adquirió el 10 por 100 del capital de la sociedad «C» el 15 abril de 2002 por importe de 20.000 u.m. En esa fecha el patrimonio neto de la sociedad «C» era 150.000 u.m. (importe que coincide con su valor razonable, excluido el fondo de comercio). Posteriormente, el 1 de enero de 2005, la sociedad «A» adquirió el 90 por 100 restante del capital de la sociedad «C» por importe de 360.000 u.m. En la última fecha indicada el patrimonio neto de la sociedad «C» era 170.000 u.m. y su valor razonable era 300.000 u.m.
- La sociedad «A» adquirió el 40 por 100 del capital de la sociedad «D» el 16 julio de 2005 por importe de 120.000 u.m. En esa fecha, que es la fecha de control (acuerdo con otros

socios), el patrimonio neto de la sociedad «D» era 150.000 u.m. (importe de su valor razonable: 160.000 u.m., excluido el fondo de comercio). Posteriormente, el 1 de enero de 2006, la sociedad «A» adquirió un 60 por 100 adicional del capital de la sociedad «D» por importe de 110.000 u.m. En la última fecha indicada el patrimonio neto de la sociedad «D» era 160.000 u.m. y su valor razonable era 180.000 u.m. (excluido el fondo de comercio). Se sabe que la diferencia entre el importe del valor razonable de los elementos patrimoniales, excluido el fondo de comercio, y del valor contable del patrimonio neto era atribuible al valor de terrenos que no han sido enajenados.

- También se sabe que:
 - La sociedad «B» ha realizado el 1 de enero de 2008 una ampliación de capital por importe de 25.000 u.m. correspondiente a una aportación no dineraria realizada por terceros ajenos al grupo con una prima de emisión de 75.000 u.m. En esa fecha el patrimonio neto de la sociedad «B» antes de la operación era 200.000 u.m.
 - La sociedad «C» ha realizado el 2 de enero de 2008 una ampliación de capital por importe de 20.000 u.m. correspondiente a una aportación dineraria realizada por la sociedad «B» con una prima de emisión de 80.000 u.m. En esa fecha el patrimonio neto de la sociedad «C» antes de la operación era 400.000 u.m.
- A 31 de diciembre de 2009 el patrimonio neto de cada una de las sociedades del grupo es (u.m.):

Sociedad	Capital	Reservas	Pérdidas y ganancias	Otras partidas
«A»	200.000	40.000	20.000	60.000
«B»	75.000	255.000	35.000	0
«C»	100.000	420.000	20.000	0
«D»	40.000	140.000	10.000	15.000

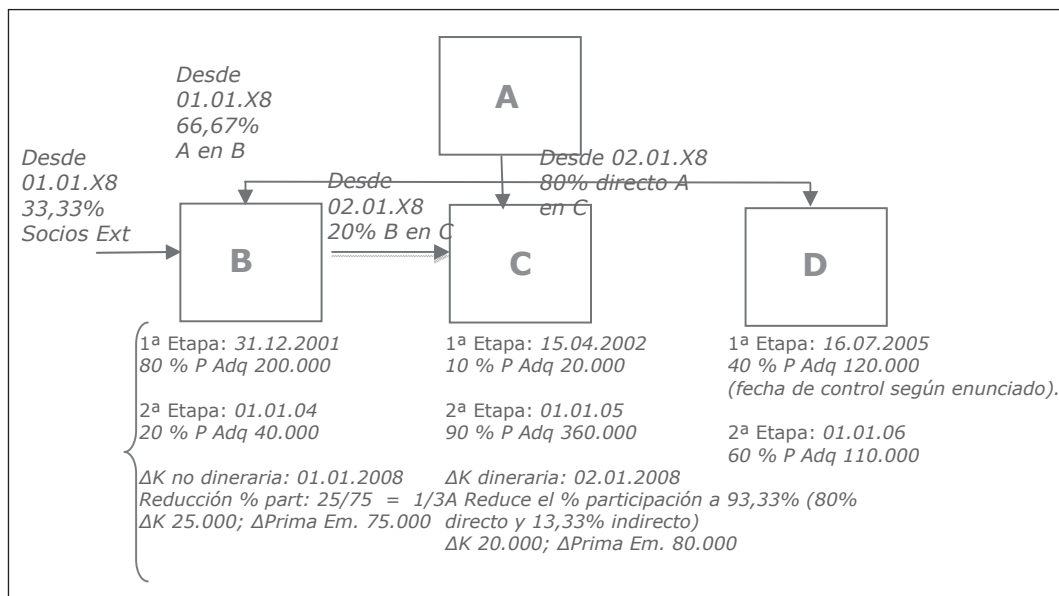
Se mantiene la revalorización de los terrenos de la sociedad «D».

TRABAJO A REALIZAR:

Con la información proporcionada, proponga los ajustes, en forma de asiento de libro diario, para preparar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias consolidados de los ejercicios 2001 a 2009.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

ESTRUCTURA DEL GRUPO A 31 DE DICIEMBRE 2009



Participación de «A» en «B»

Cronológicamente, desde el 31 de diciembre de 2001 hay grupo «AB» («A» controla el 80% de «B»). Posteriormente incrementa su participación en «B» el 1 de enero de 2004 hasta alcanzar el 100 por 100. Sin embargo, el 1 de enero de 2008, fecha en la que aumenta el capital y entran a formar parte del mismo terceros ajenos al grupo, se produce una reducción de la participación, sin embargo, la sociedad «A», en este caso, no pierde el control.

Participación de «A» en «C»

Desde el 1 de enero de 2005 la sociedad «A» controla a «C» directamente en el 100 por 100 [«A» tenía participación previa sin control (desde el 15 de abril de 2002), luego le es de aplicación la adquisición de control por etapas]. A 2 de enero de 2008, la sociedad «B» pasa a participar directamente en «C» al ampliar capital y realizando una aportación dineraria. En «C», si lo analizáramos en términos de participación efectiva tras esta operación, mientras antes «A» participaba directamente en un 100 por 100, ahora pasa a participar en un 93,33 por 100 (80% directo y en un 13,33% indirecto). Sin embargo, hemos de analizarlo desde el punto de vista de enfoque entidad, en el que el grupo sigue controlando a «C», y solo se pone de manifiesto la reducción de la participación sin pérdida de control, al consolidar por etapas y atribuir en «B» parte de las reservas en sociedades consolidadas procedentes de «C» a los socios externos de «A» en «B», generadas desde que «B» participa de forma directa en «C».

Finalmente, desde el 1 de enero de 2006, la sociedad «D» también formaría parte del grupo, si bien, desde el 17 de junio de 2005 ya estaríamos participando.

ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES FASES CRONOLÓGICAS DE LA SOCIEDAD DEPENDIENTE «C»

Se trata de una adquisición de control por etapas. El 15 de abril de 2002 se adquirió el 10 por 100 de la sociedad «C», fecha en la que ya existía grupo consolidable («A» participaba en «B» en un 80% desde el 31 de diciembre de 2001). No sabemos cómo se encontraría clasificada a esa fecha contablemente la inversión en «C», dada la falta de información proporcionada.

De todas formas, posteriormente, en fecha 1 de enero de 2005 se adquiere el control de la sociedad «C», fecha en la que se incrementa el porcentaje de participación en un 90 por 100, esto es, hasta alcanzar el 100 por 100. Le será aplicable en dicha fecha el artículo 26 en sus apartados 2 y 3 del Real Decreto 1159/2010 para la formulación de estados financieros consolidados para ejercicios comenzados a partir del 1 de enero de 2005.

«1. En la fecha de adquisición se reconocerá como fondo de comercio de consolidación la diferencia positiva entre los siguientes importes:

a) La contraprestación transferida para obtener el control de la sociedad adquirida determinada conforme a lo indicado en el apartado 2.3 de la norma de registro y valoración 19.^a Combinaciones de negocios del Plan General de Contabilidad, más en el caso de adquisiciones sucesivas de participaciones, o combinación por etapas, el valor razonable en la fecha de adquisición de cualquier participación previa en el capital de la sociedad adquirida, y

b) La parte proporcional del patrimonio neto representativa de la participación en el capital de la sociedad dependiente una vez incorporados los ajustes derivados de la aplicación del artículo 25, y de dar de baja, en su caso, el fondo de comercio reconocido en las cuentas anuales individuales de la sociedad dependiente en la fecha de adquisición.

2. Se presume que el **coste de la combinación**, según se define en el apartado 2.3 de la norma de registro y valoración 19.^a Combinaciones de negocios del Plan General de Contabilidad, **es el mejor referente para estimar el valor razonable, en dicha fecha, de cualquier participación previa de la dominante en la sociedad dependiente**. En caso de evidencia en contrario, se utilizarán otras técnicas de valoración para determinar el valor razonable de la participación previa en la sociedad dependiente.

3. En las **combinaciones de negocios por etapas, los instrumentos de patrimonio de la sociedad dependiente que el grupo posea con anterioridad a la adquisición del control, se ajustarán a su valor razonable en la fecha de adquisición, reconociendo en la partida 16 b), 18 b) o 20) de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, según proceda, la diferencia con su valor contable previo**. En su caso, los ajustes valorativos asociados a estas inversiones contabilizados directamente en el patrimonio neto, se transferirán a la cuenta de pérdidas y ganancias.

4. En el supuesto excepcional de que en la fecha de adquisición, el importe de la letra b) del apartado 1 de este artículo sea superior al importe incluido en la letra a), dicho exceso se reconocerá en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada como un resultado positivo en la partida "Diferencia negativa en combinaciones de negocios".

No obstante, antes de reconocer el citado ingreso deberán evaluarse nuevamente los importes descritos en el apartado 1 anterior.»

Cálculo del fondo de comercio

1. Contraprestación transferida total (Etapas 1 + Etapa 2)	400.000
1.1. (+) Valor razonable de la participación previa ₀₁₋₀₁₋₂₀₀₅ ¹ [10% s/(360.000/90%)] .	40.000
1.2. (+) Contraprestación entregada ₀₁₋₀₁₋₂₀₀₅	360.000

Ajustes necesarios para poner a valor razonable la contraprestación previa:

(+) Valor razonable en la fecha de adquisición [10% s/(360.000/90%)]	40.000
(-) Contraprestación entregada	-20.000
(=) Ajuste necesario en pérdidas y ganancias	20.000

Cálculo del fondo de comercio en «C»:

(+) Contraprestación transferida total	400.000
(-) 100% s/ Valor razonable activos identificables ² netos ₀₁₋₀₁₋₂₀₀₅ (100% s/300.000) .	(300.000)
100% Patrimonio neto a 01-01-2005 [100% s/170.000]	
100% Ajustes a valor razonable activos identificables a 01-01-2005	
[100% s/(300.000 - 170.000)] = 130.000	
(=) Diferencia (fondo de comercio consolidación total)	100.000

A 1 de enero de 2005, si se realizasen estados financieros consolidados, por el ajuste previo a valor razonable de la participación previa y el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto, fecha en la que «C» pasa a formar parte del perímetro y del grupo de consolidación:

¹ Siguiendo el artículo 26.2 del Real Decreto 1159/2010 implica recalcular el valor razonable de la participación previa y la diferencia en función de cómo hubiera estado contabilizada la misma, llevarla a la cuenta de pérdidas y ganancias. «Se presume que el coste de la combinación, según se define en el apartado 2.3 de la norma de registro y valoración 19.^a Combinaciones de negocios del Plan General de Contabilidad, es el mejor referente para estimar el valor razonable, en dicha fecha, de cualquier participación previa de la dominante en la sociedad dependiente. En caso de evidencia en contrario, se utilizarán otras técnicas de valoración para determinar el valor razonable de la participación previa en la sociedad dependiente.». La duda podría surgir respecto a que en la adquisición del 90 por 100 se estuviera pagando una prima de control. No ha sido así considerado.

² Interpretación realizada por homogeneidad en la presentación de la información.

Por el asiento de ajuste a valor razonable en la fecha de adquisición de la participación previa:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Participación en «C» («A»)	20.000	
Resultado ejercicio («A»)		20.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio («A»)	20.000	
Beneficio procedente de participaciones en instrumentos de patrimonio neto previas a la adquisición de control		20.000

Por el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto en fecha de primera consolidación:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («C») (100.000 – 20.000)	80.000	
Reservas («C») (170.000 – 80.000)	90.000	
Plusvalía activos (hipótesis: no amortizables)	130.000	
Fondo de comercio de consolidación en «C»	100.000	
Participación en «C» («A»)		400.000
	400.000	400.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Análisis el 2 de enero de 2008, por la ampliación de capital en «C»

Quien realiza la aportación dineraria en la ampliación de capital es «B», sin embargo esa misma entidad fue quien realizó el día anterior una ampliación de capital con una aportación no dineraria como contraprestación. Sigue sin haber socios externos en «C», porque la sociedad que pasa a

participar en «C» de forma indirecta sigue siendo la sociedad «A». **Sin embargo, en el consolidado global y de forma indirecta, en un importe que asciende a 1/3 de la ampliación de capital realizada pasa a tener una participación en el capital de «C» los socios externos de «A» en «B».**

El asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a realizar a dicha fecha implica el reconocimiento de intereses de socios externos en un 33,33 por 100 del 20 por 100 del capital social de «C» que ahora ostenta «B» sobre «C», esto es, el 6,67 por 100 del capital social en «C» se atribuye a los socios externos de «A» en «B», cosa que anteriormente no sucedía. En este caso, se puede considerar que, bajo el enfoque entidad se ha producido una operación con instrumentos de patrimonio neto propios consolidados, dado que los intereses de socios externos en «C» se han incrementado:

Asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a 1 de enero de 2008, previo a la ampliación de capital

Por el asiento de ajuste a valor razonable en la fecha de adquisición de la participación previa contra pérdidas y ganancias del año 2005 y ahora contra reservas de la tenedora de la participación:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Participación en «C» («A»)	20.000	
Reservas («A»)		20.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Ajuste en balance de situación agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («C») (100.000 – 20.000 de la ampliación de capital)	80.000	
Reservas («C») (400.000 – 80.000 de la ampliación de capital)	320.000	
Plusvalía activos (vigente en la fecha de adquisición de control y considerada no amortizable)	130.000	
Fondo de comercio de consolidación en «C»	100.000	
Participación en «C» («A») (360.000 + 40.000)		400.000
Reservas en sociedades consolidadas (400.000 – 170.000)		230.000
	630.000	630.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a 1 de enero de 2008 tras ampliación de capital

El asiento de ajuste a valor razonable en la fecha de adquisición en ejercicios posteriores así como el de eliminación inversión-patrimonio neto:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Participación en «C» («A»)	20.000	
Reservas («A»)		20.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («C») (80.000 + 20.000)	100.000	
Reservas («C») (320.000 + 80.000)	400.000	
Plusvalía activos (vigente en la fecha de adquisición de control y considerada no amortizable)	130.000	
Fondo de comercio de consolidación en «C»	100.000	
Participación en «C» («A») (360.000 + 40.000)		400.000
Participación en «C» («B») («B» tiene 100.000 de inversión directa en «C», pero un tercio pertenece a intereses de socios externos en «B» de «A»)		100.000
Reservas en sociedades consolidadas atribuidas a «A» [80% s/(400.000 – 170.000)]		184.000
Reservas en sociedades consolidadas atribuidas a «B» (hay un tercio de las mismas que en etapas futuras se atribuirán a intereses de socios externos de «A» en «B») [20% s/(400.000 – 170.000)]		46.000
	730.000	730.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Las reservas en sociedades consolidadas generadas previamente a la ampliación de capital se han distribuido entre «A» y «B» cuando previamente estaban atribuidas exclusivamente a «A».

Asiento de eliminación inversión en «C» («B»)-patrimonio neto («C») a 31 de diciembre de 2009

Por el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a 31 de diciembre de 2009, dos años más tarde de la ampliación de capital. Si bien se ha llevado a cabo una consolidación por etapas poniendo de manifiesto los intereses de socios externos en «B» de «A» en la etapa de eliminación inversión-patrimonio neto ajustado de «B» (incluyendo la parte del patrimonio neto generado procedente de «C» ahora atribuible a «B», incluida la que ha adquirido).

El asiento de ajuste a valor razonable en la fecha de adquisición en ejercicios posteriores así como el de eliminación inversión-patrimonio neto:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Participación en «C» («A»)	20.000	
Reservas («A»)		20.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («C») (80.000 + 20.000)	100.000	
Reservas («C»)	420.000	
Plusvalía activos (se presupone que la plusvalía adquirida no es amortizable)	130.000	
		.../...

Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...		
Fondo de comercio de consolidación en «C»	100.000	
Participación en «C» (A) (360.000 + 40.000)		400.000
Participación en «C» («B») (de las 100.000 u.m. de inversión directa en «C», un tercio son pertenecientes como intereses de socios externos en «B» de «A»)		100.000
Reservas en sociedades consolidadas atribuida a «A» [(184.000 + 80% s/20.000): 80% s/(420.000 – 170.000)]		200.000
Reservas en sociedades consolidadas atribuida a «B» [(46.000 + 20% s/20.000): 20% s/(420.000 – 170.000)]		50.000
	750.000	750.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

De las 20.000 u.m. (generadas en 2008) desde la fecha de ampliación de capital a 1 de enero de 2008, 4.000 u.m. se han atribuido a «B» y 16.000 u.m. a «A».

Por el asiento de atribución de resultado ajustado en 2009:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio («C»)	20.000	
Resultado del ejercicio atribuido a «A» (80% s/20.000)		16.000
Resultado del ejercicio atribuido a «B» (20% s/20.000)		4.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Saldo de resultado del ejercicio atribuido a «A» (80% s/20.000)	16.000	
Saldo de resultado del ejercicio atribuido a socios externos (20% s/20.000)	4.000	
Saldo de resultado del ejercicio «C»		20.000

ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES FASES CRONOLÓGICAS DE LA SOCIEDAD DEPENDIENTE «B»

Cálculo de la diferencia de primera consolidación sobre «B»:

Diferencia de primera consolidación «B» a 31-12-2001:

(+) Contraprestación transferida (precio de adquisición)	200.000
(-) 80% s/Valor razonable activos netos identificables 31-12-2001	-96.000
(+) 80% s/Patrimonio neto 31-12-2001 (80% s/120.000)	
(+/-) 80% s/Ajustes plusvalías/minusvalías activos identificables 31-12-2001 (80% s/0)	
(=) Diferencia primera consolidación (fondo comercio consolidación).....	104.000

Luego el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a 31 de diciembre de 2001 sería el siguiente:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («B»)	50.000	
Reservas («B»)	70.000	
Fondo de comercio de consolidación en «B»	104.000	
Participación en «B» («A»)		200.000
Intereses de socios externos en «B» (20% s/120.000)		24.000
	224.000	224.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

A 1 de enero de 2004, por el incremento en el porcentaje de participación tras la adquisición de control

El asiento de eliminación inversión-patrimonio neto previo a incrementar el porcentaje de participación asciende a:

Asiento de eliminación a 1 de enero de 2004 **previo al incremento en el porcentaje de participación** en «B» hasta alcanzar el 100 por 100 de la participación:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («B»)	50.000	
Reservas («B»)	150.000	
Fondo de comercio de consolidación en «B»	104.000	
Participación en «B» («A»)		200.000
Reservas en sociedades consolidadas en «B» [80% s/(150.000 – 70.000)]		64.000
Intereses de socios externos en «B» de «A» (20% s/200.000)		40.000
	304.000	304.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

A 1 de enero de 2004, se incrementa el porcentaje de la participación, reduciéndose los socios externos a 0. De forma previa a la adquisición del 20 por 100 restante, se procede al cálculo a 1 de enero de 2004 de la participación de los socios externos, no se trata de una adquisición por etapas dado que previamente ya existía control.

Se aplica el artículo 29 del Real Decreto 1159/2010 por el que esta operación se asimila a una operación con instrumentos de patrimonio neto propios, dado se incrementa el porcentaje de participación tras haber adquirido el control.

«Artículo 29. Modificación de la participación sin pérdida del control.»

1. Una vez que se ha obtenido el control, las operaciones posteriores que den lugar a la modificación de la participación de la sociedad dominante en la sociedad dependiente, sin que, en caso de reducción, supongan una pérdida de control, se considerarán en las cuentas consolidadas como una operación con títulos de patrimonio propio. En consecuencia, en la eliminación inversión-patrimonio neto y en el cálculo de los socios externos, se aplicarán las siguientes reglas:

a) No se modificará el importe del fondo de comercio de consolidación o diferencia negativa reconocida, ni el de otros activos o pasivos del balance consolidado.

b) En los supuestos de reducción de la participación sin pérdida de control, el beneficio o la pérdida reconocida en las cuentas anuales individuales deberá eliminarse a los exclusivos efectos de la consolidación, circunstancia que motivará un ajuste en las reservas de la sociedad que reduce su participación.

c) El importe de los "ajustes por cambios de valor" y de las "subvenciones, donaciones y legados recibidos" de la sociedad dependiente, que deben lucir en las subagrupaciones A-2) y A-3) del balance consolidado, se cuantificará en función del porcentaje de participación que las sociedades del grupo posean en el capital de aquella, una vez realizada la operación.

d) La participación de los socios externos en el patrimonio neto de la sociedad dependiente se mostrará, en el balance consolidado, en función del porcentaje de participación que terceros ajenos al grupo posean en el capital de la citada sociedad, una vez realizada la operación, incluyendo en consecuencia el porcentaje de participación en el fondo de comercio contabilizado en las cuentas consolidadas asociado a la modificación que se ha producido.

e) En su caso, el ajuste necesario para dar cumplimiento a lo dispuesto en las letras a), c) y d) motivará una variación en las reservas de la sociedad que reduce o aumenta su participación.

2. Cuando la reducción en el porcentaje de participación ocasione una pérdida significativa en las cuentas anuales individuales de la sociedad inversora, dicha circunstancia se tomará en consideración para apreciar el deterioro del fondo de comercio de consolidación.»

Aplicando el artículo 29 del Real Decreto 1159/2010 en la que se incrementa la participación:

a) Desaparecen completamente los socios externos.

b) La diferencia entre la contraprestación entregada (40.000 u.m.) y el valor en libros consolidado ₀₁₋₀₁₋₂₀₀₄ (40.000) se lleva contra reservas (contra reservas de la inversora).

(+) Contraprestación entregada	40.000
(-) 20% s/Valor en libros consolidado «B» ₀₁₋₀₁₋₂₀₀₄ (20% s/200.000)	(40.000)
(=) Diferencia	0

c) No se modifica el importe del fondo de comercio de consolidación (se reconoce exclusivamente el vigente en la fecha de adquisición, esto es, el de 31 de diciembre de 2001) así como tampoco se reconocen variaciones en los valores razonables de los activos y pasivos desde la fecha de adquisición.

d) No hay datos como para ajustar las reservas por haberse incrementado los «ajustes por cambios de valor», ni «subvenciones, donaciones y legados recibidos». Ahora bien, por analogía a lo establecido en el artículo 29 del Real Decreto 1159/2010 para los anteriores componentes de patrimonio neto en sociedades consolidadas, procedemos a incrementar las reservas en sociedades consolidadas al tanto de participación tras la operación, lo que implicará una reducción de las reservas de la inversora en el mismo importe.

En principio, a 1 de enero de 2004, el porcentaje en el asiento de ajuste por dicha operación implica que el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto se vea alterado de la siguiente forma, respecto al establecido previamente, en el que no se había tenido en cuenta esta operación:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Intereses de socios externos en «B» de «A»	40.000	
Participación en «B» («A»)		40.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Quedando por tanto con los anteriores ajustes de la siguiente manera de forma resumida teniendo en cuenta el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto y el de eliminación de los intereses de socios externos (a 1 de enero de 2004, un hipotético asiento de eliminación inversión-patrimonio neto, tras la adquisición del 20% que le restaba para tener control total sobre «B»):

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («B»)	50.000	
Reservas («B»)	150.000	
Fondo de comercio de consolidación en «B»	104.000	
Reservas («A») (extrapolando a otros componentes de patrimonio neto consolidado en aplicación del art. 29 del RD 1159/2010) [20% s/(150.000 – 70.000)]	16.000	
Participación en «B» («A») (200.000 + 40.000)		240.000
Reservas en sociedades consolidadas en «B» [(80 + 20%) s/(150.000 – 70.000)]		80.000
Intereses de socios externos en «B» (20% s/200.000 – 40.000)		0
	320.000	320.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Por la ampliación de capital realizada el 1 de enero de 2008

«Artículo 29. *Modificación de la participación sin pérdida del control.*

1. Una vez que se ha obtenido el control, las operaciones posteriores que den lugar a la modificación de la participación de la sociedad dominante en la sociedad dependiente, sin que, en caso de

reducción, supongan una pérdida de control, se considerarán en las cuentas consolidadas como una operación con títulos de patrimonio propio. En consecuencia, en la eliminación inversión-patrimonio neto y en el cálculo de los socios externos, se aplicarán las siguientes reglas:

- No se modificará el importe del fondo de comercio de consolidación o diferencia negativa reconocida, ni el de otros activos o pasivos del balance consolidado.
- En los supuestos de reducción de la participación sin pérdida de control, el beneficio o la pérdida reconocida en las cuentas anuales individuales deberá eliminarse a los exclusivos efectos de la consolidación, circunstancia que motivará un ajuste en las reservas de la sociedad que reduce su participación.
- El importe de los "ajustes por cambios de valor" y de las "subvenciones, donaciones y legados recibidos" de la sociedad dependiente, que deben lucir en las subagrupaciones A-2) y A-3) del balance consolidado, se cuantificará en función del porcentaje de participación que las sociedades del grupo posean en el capital de aquella, una vez realizada la operación.
- La participación de los socios externos en el patrimonio neto de la sociedad dependiente se mostrará, en el balance consolidado, en función del porcentaje de participación que terceros ajenos al grupo posean en el capital de la citada sociedad, una vez realizada la operación, incluyendo en consecuencia el porcentaje de participación en el fondo de comercio contabilizado en las cuentas consolidadas asociado a la modificación que se ha producido.
- En su caso, el ajuste necesario para dar cumplimiento a lo dispuesto en las letras a), c) y d) motivará una variación en las reservas de la sociedad que reduce o aumenta su participación.»

De forma previa a la ampliación de capital a 1 de enero de 2008, la sociedad «A» realizaría el siguiente asiento de eliminación inversión-patrimonio neto, suponiendo que desde el 1 de enero de 2004 no se hubiera generado nuevo patrimonio neto o fuera el mismo patrimonio neto:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («B»)	50.000	
Reservas («B»)	150.000	
Fondo de comercio de consolidación en «B»	104.000	
Reservas («A»)	16.000	
Participación en «B» («A») (200.000 + 40.000)		240.000
Reservas en sociedades consolidadas en «B» [80% s/(150.000 – 70.000) + 20% s/(150.000 – 150.000)]		80.000
	320.000	320.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Por el aumento de capital en el que la sociedad «A» no suscribe el porcentaje de participación, los derechos de suscripción se están perdiendo o bien no existen, bien porque existe igualdad en la valoración entre lo que se da y lo que recibe, bien dado que se suprimen.

En realidad, lo que hay detrás de esta ampliación es una ampliación de capital indirecta en «C», en la que «B» sustituye dinero por una aportación no dineraria y se cambia la composición accionarial de la misma.

Tras la ampliación de capital, la sociedad «A» pasa de tener un 100 por 100 a tener un 66,67 por 100 en el capital social y en los derechos de voto de «B», luego su participación se redujo en un 33,33 por 100 del patrimonio neto existente de forma previa a la ampliación de capital.

a) (+) Contraprestación recibida por «A» [(2/3) s/100.000]	66.666,67
b) (–) Aumento intereses de socios externos total	–101.333,33
b1) (–) Aumento de los intereses de socios externos en el patrimonio neto anterior a la ampliación de capital: [33,33% s/(50.000 + 150.000)]	6.666,67 u.m.
b2) (–) Aumento de los intereses de socios externos en fondo comercio (33,33% s/104.000)	34.666,67 u.m.
c) (=) Reservas («A»)	–34.666,67 u.m.

Por otro lado, se produce un incremento de la participación de las reservas en sociedades consolidadas atribuibles al grupo: $66,67\% \text{ s}/100.000 = 66.667 \text{ u.m.}$, pero también una pérdida sobre las atribuidas previamente: $33,33\% \text{ s}/(50.000 + 150.000) = 66.667 \text{ u.m.}$, luego queda igual que previamente.

(+) Valor consolidado del interés de la sociedad dominante	269.333,33
(–) Inversión «original»	–240.000,00
(=) Variación patrimonial imputada	29.333,33

Desglose de la variación patrimonial imputada:

(+) Reservas en sociedades consolidadas atribuibles al grupo	53.333,33
[100% s/(150.000 – 70.000) – 33,33% s/(150.000 – 70.000)]	
(–) Variación reservas («A»)	–24.000,00

1. -50.666,67

1.1. - 16.000. Aumento de la participación tras haber adquirido el control a 1 de enero de 2004 para las reservas en sociedades consolidadas al nuevo tanto de participación: 16.000.

1.2. - 34.666,67. Ampliación de capital realizada a 1 de enero de 2008, diferencia entre la contraprestación recibida y el incremento de intereses de socios externos. (Lo mismo debiéramos haber hecho a 1 de enero de 2004, pero la diferencia resultó nula).

2. + 26.664

2.1. 33,33% s/80.000 de la disminución en el tanto de participación en las reservas en sociedades consolidadas generadas hasta el 1 de enero de 2008.

Tras la ampliación de capital a 1 de enero de 2008, el asiento de eliminación inversión-patrimonio neto sería el siguiente:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («B») (50.000 + 25.000)	75.000	
Reservas («B») (150.000 + 75.000)	225.000	
Fondo de comercio de consolidación en «B»	104.000	
Reservas («A») (16.000 + 34.667 - 33,33% s/80.000)	24.000	
Participación en «B» («A») (200.000 + 40.000)		240.000
Reservas en sociedades consolidadas		53.333
(80 + 20)% s/(150.000 - 70.000) - 33,33% s/200.000 + 66,66% s/100.000 - 33,33% s/80.000 = 66,67% s/(150.000 - 70.000)		
Intereses de socios externos en «B»		134.667
[33,33% s/(patrimonio neto antes ampliación + el incrementado en la ampliación) + 33,33% s/fondo comercio: 33,33% s/(200.000 + 100.000 + 104.000)]		
	428.000	428.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Los intereses de socios externos aumentan en la aportación realizada –minoración del valor teórico de la participación de la dominante tras la ampliación de capital: 100.000 + 0 + 34.666,67 (fondo de comercio) = 134.666,67 u.m.

Concepto	Valor a efectos de consolidación	Participación del grupo	Interés dominante	Participación de externos	Interés de externos
Activos identificables y pasivos asumidos sociedad «B»	300.000,00 (200.000 + 100.000)	66,67% (50.000/75.000)	200.000,00	33,33% (100.000/300.000)	100.000,00
Fondo de comercio	104.000	66,67%	69.333,33		34.666,67
		Total interés dominante	269.333,33	Total externos	134.666,67

Asiento de eliminación inversión en «B» («A»)-patrimonio neto ajustado de «B» a 31 de diciembre de 2009

Se generaron en 2008 unos resultados no distribuidos entre los accionistas de «B» que ascienden a 30.000 u.m. de los cuales, como reservas en sociedades consolidadas estarán el 66,67 por 100 atribuidos a «A» en reservas en sociedades consolidadas en «B» («A») = 20.000, que junto a las 64.000 tras la ampliación de capital, ascienden a 84.000.

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («B») (50.000 + 25.000)	75.000	
Reservas («B») (225.000 + 30.000)	255.000	
Reservas en sociedades consolidadas en «C» atribuidas a «B» [20% s/(420.000 – 170.000)]	50.000	
Fondo de comercio de consolidación en «B»	104.000	
Reservas («A») (16.000 + 34.667 – 33,33% s/80.000)	24.000	
Participación en «B» («A»)		240.000
Reservas en sociedades consolidadas en «B» atribuidas al grupo [66,67% s/(150.000 – 70.000) + 66,67% s/30.000 + 20% s/(420.000 – 170.000)]		106.667
Intereses de socios externos en «B» de «A» [33,33% s/(patrimonio neto antes ampliación + el incrementado en la ampliación + el incrementado desde esa fecha incluye el generado por «C» + fondo comercio en «B»): 33,33% s/(200.000 + 100.000 + 30.000 + 20% s/(420.000 – 170.000) + 104.000)]		161.333,33
	508.000	508.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Por el asiento de atribución de resultado ajustado en 2009:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio («B»)	35.000	
Resultado del ejercicio en «C» atribuido a «B»	4.000	
Resultado del ejercicio atribuido a «A» [66,67% s/(35.000 + 4.000)]		26.000
Resultado del ejercicio atribuido a socios externos en «B» de «A» [33,33% s/(35.000 + 4.000)]		13.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Saldo de resultado del ejercicio atribuido a «A»	26.000	
Saldo de resultado del ejercicio atribuido a socios externos	13.000	
Saldo de resultado del ejercicio «B»		35.000
Saldo de resultado del ejercicio en «C» atribuido a «B»		4.000

ANÁLISIS DE LAS DIFERENTES FASES CRONOLÓGICAS DE LA SOCIEDAD DEPENDIENTE «D»

Análisis de la participación en la sociedad «D»

La fecha de adquisición (fecha de control) es del 16 de julio de 2005 fecha a partir de la cual la sociedad dependiente «D» pasa a formar parte del grupo consolidable, ya que a pesar de no tener la mayoría del capital social, «A» sí que posee la mayoría de los derechos de voto (en virtud de acuerdos con otros socios) como para el ejercicio del control sobre la misma.

A esa fecha de 16 de julio de 2005, la diferencia de primera consolidación será la siguiente:

(+) Contraprestación entregada	120.000
(-) 40% s/Valor razonable 16-07-2005 (40% s/160.000)	-64.000
40% s/Patrimonio neto libros individuales 16-07-2005 [40% s/150.000: 60.000]	
40% s/Plusvalía terrenos 16-07-2005 [40% s/(160.000 - 150.000): 4.000]	
(=) Diferencia de primera consolidación (fondo de comercio de consolidación)	56.000

Asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a 16 de julio de 2005

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («D»)	40.000	
Reservas («D»)	110.000	
Terrenos	10.000	
Fondo de comercio de consolidación en «C»	56.000	
Participación en «D» («A»)		120.000
Intereses de socios externos (60% s/160.000)		96.000
	216.000	216.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Desde la fecha de adquisición hasta alcanzar la participación sobre el 100 por 100 (1 de enero de 2006) del capital así como de los derechos de voto, se ha incrementado el patrimonio neto en libros en 10.000 u.m. y, por otro lado, la plusvalía del terreno ha aumentado a 20.000 u.m. respecto al valor en libros, incrementándose en medio año en 10.000 u.m. dicho valor razonable, si bien al considerar que ya existía control previo, no se pone de manifiesto las plusvalías atribuibles a activos identificables referentes a fechas posteriores a la de adquisición de control.

Se aplica el artículo 29 del Real Decreto 1159/2010 por el que esta operación se asimila a una operación con instrumentos de patrimonio neto propios, dado se incrementa el porcentaje de participación tras haber adquirido el control.

«Artículo 29. Modificación de la participación sin pérdida del control.

1. Una vez que se ha obtenido el control, las operaciones posteriores que den lugar a la modificación de la participación de la sociedad dominante en la sociedad dependiente, sin que, en caso de reducción, supongan una pérdida de control, se considerarán en las cuentas consolidadas como una operación con títulos de patrimonio propio. En consecuencia, en la eliminación inversión-patrimonio neto y en el cálculo de los socios externos, se aplicarán las siguientes reglas:

a) No se modificará el importe del fondo de comercio de consolidación o diferencia negativa reconocida, ni el de otros activos o pasivos del balance consolidado.

b) En los supuestos de reducción de la participación sin pérdida de control, el beneficio o la pérdida reconocida en las cuentas anuales individuales, deberá eliminarse a los exclusivos efectos de

la consolidación, circunstancia que motivará un ajuste en las reservas de la sociedad que reduce su participación.

c) El importe de los "ajustes por cambios de valor" y de las "subvenciones, donaciones y legados recibidos" de la sociedad dependiente, que deben lucir en las subagrupaciones A-2) y A-3) del balance consolidado, se cuantificará en función del porcentaje de participación que las sociedades del grupo posean en el capital de aquella, una vez realizada la operación.

d) La participación de los socios externos en el patrimonio neto de la sociedad dependiente se mostrará, en el balance consolidado, en función del porcentaje de participación que terceros ajenos al grupo posean en el capital de la citada sociedad, una vez realizada la operación, incluyendo en consecuencia el porcentaje de participación en el fondo de comercio contabilizado en las cuentas consolidadas asociado a la modificación que se ha producido.

e) En su caso, el ajuste necesario para dar cumplimiento a lo dispuesto en las letras a), c) y d) motivará una variación en las reservas de la sociedad que reduce o aumenta su participación.

2. Cuando la reducción en el porcentaje de participación ocasione una pérdida significativa en las cuentas anuales individuales de la sociedad inversora, dicha circunstancia se tomará en consideración para apreciar el deterioro del fondo de comercio de consolidación.»

Asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a 31 de diciembre de 2005 antes de adquirir el 60 por 100 adicional

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («D»)	40.000	
Reservas («D»)	110.000	
Terrenos	10.000	
Fondo de comercio de consolidación en «D»	56.000	
Participación en «D» («A»)		120.000
Intereses de socios externos en «D» [60% s/(160.000 – 10.000 de los resultados generados desde el 16-07-2005) + 60% s/10.000 de las plusvalías]		96.000
	216.000	216.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio («D»)	10.000	
Resultado del ejercicio atribuido a «A» [40% s/10.000] ; 10.000 aumento del patrimonio neto del 16-07-2005 al 01-01-2006]		4.000
Resultado del ejercicio atribuido a intereses de socios externos [(60% s/10.000); 10.000 aumento del patrimonio neto del 16-07-2005 al 01-01-2006]		6.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Saldo resultado ejercicio («D»)	10.000	
Saldo resultado ejercicio atribuido a «A» (40% s/10.000)		4.000
Saldo resultado ejercicio atribuido a socios externos (60% s/10.000)		6.000

(+) Contrapartida entregada	110.000
(-) Intereses socios externos (96.000 + 60% s/10.000)	-102.000
(=) Minoración de reservas («A»)	8.000

Asiento de eliminación inversión-patrimonio neto a 1 de enero de 2006 tras adquirir el 60 por 100 adicional

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («D»)	40.000	
Reservas («D»)	120.000	
Terrenos	10.000	
Fondo de comercio de consolidación en «D»	56.000	
Reservas («A») [8.000 por la operación con instrumentos de patrimonio neto propios consolidados + 60% s/10.000 reservas en sociedades consolidadas al nuevo tanto de participación]	14.000	
Participación en «D» («A») (120.000 + 110.000)		230.000
Reservas en sociedades consolidadas [(40 + 60)% s/(160.000 - 150.000)]		10.000
	240.000	240.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

A esta fecha las plusvalías en los terrenos se han incrementado en 10.000 u.m. que no se han reflejado puesto que el valor en libros consolidados refleja el valor razonable en la fecha de adquisición, en este caso a 16 de julio de 2005.

Asiento de eliminación inversión en «D» («A»)-patrimonio neto en «D» a 31 de diciembre de 2009

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Capital social («D»)	40.000	
Reservas («D»)	140.000	
Subvenciones, donaciones y legados recibidos («D») ¹	15.000	
Terrenos	10.000	
Fondo de comercio de consolidación en «D»	56.000	
Reservas («A»)	14.000	
Participación en «D» («A») (120.000 + 110.000)		230.000
Reservas en sociedades consolidadas [(40 + 60)% s/(patrimonio neto ₀₁₋₀₁₋₀₆ -- patrimonio neto ₁₆₋₀₇₋₂₀₀₅ = 160.000 - 150.000) + 100% s/(140.000 - 120.000)]		30.000
Subvenciones, donaciones y legados recibidos en sociedades consolidadas [100% s/(15.000 - 0), se supone que se ha concedido con posterioridad a la fecha de incremento de la inversión y porcentaje de participación]		15.000
	275.000	275.000
¹ Hipótesis: Las otras partidas son elementos de patrimonio neto que se han generado en la dependiente con posterioridad a la fecha de adquisición (fecha de control, esto es, 16 de julio de 2005) y eso sí, también más tarde que el 1 de enero de 2006, fecha en la que «A» alcanzó el 100 por 100 de la participación.		

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
No procede ajuste consolidación		

Por el asiento de atribución de resultado ajustado generado por «D» en 2009:

Ajuste en balance de situación agregado:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Resultado del ejercicio («D»)	10.000	
Resultado del ejercicio atribuido a «A» (100% s/10.000)		10.000

Ajuste en pérdidas y ganancias agregada:

Denominación cuenta	Debe	Haber
Saldo de resultado del ejercicio atribuido a «A»	10.000	
Saldo de resultado del ejercicio «D»		10.000

Bibliografía

GONZÁLEZ SAINZA, J. (coord.) [2011]: «Consolidación de estados financieros. Comentarios y casos prácticos», CEF.

Real Decreto 1159/2010, de 24 de septiembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de estados financieros consolidados.