

PERSPECTIVAS del SISTEMA FINANCIERO

101

Cuestiones
fiscales
de las entidades
de crédito



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

PERSPECTIVAS del SISTEMA FINANCIERO

101

2 0 1 1



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS



FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

PATRONATO

ISIDRO FAINÉ CASAS

(Presidente)

JOSÉ MARÍA MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN

(Vicepresidente)

JULIO FERNÁNDEZ GAYOSO

ROBERTO LÓPEZ ABAD

ENRIC MATA TARRAGÓ

ANTONIO PULIDO GUTIÉRREZ

ATILANO SOTO RÁBANOS

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO

Director

VICTORIO VALLE SÁNCHEZ

Coordinadores

JOSÉ ANTONIO ANTÓN PÉREZ

SANTIAGO CARBÓ VALVERDE

Redactor-Jefe

FERNANDO GONZÁLEZ OLIVARES

Coordinadora de Publicaciones

M^{te} PILAR LÓPEZ ISARRÍA

Edita

Fundación de las Cajas de Ahorros

Caballero de Gracia, 28; 28013-Madrid

Realización

Marín Álvarez Hnos. S.A.

Metalúrgicos, 14. P.I. Callfersa. 28942 Fuenlabrada
Madrid

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO no se solidariza necesariamente con las opiniones, juicios y previsiones expresadas por los autores de los artículos incluidos en la publicación, ni avala los datos que éstos, bajo su responsabilidad, aportan.

Depósito legal: M. 7.461.-1993
ISSN: 2254-3430

S U M A R I O

■ INTRODUCCIÓN.....	V
■ EL NUEVO RÉGIMEN FISCAL DE LOS SISTEMAS INSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO. <i>Antonio López Poza</i>	1
■ RÉGIMEN FISCAL DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. ANÁLISIS DE LA DIVERGENCIA ENTRE LA CATEGORIZACIÓN TRIBUTARIA PROCEDENTE DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA RECIENTEMENTE REFORMADA CATEGORIZACIÓN MERCANTIL. <i>David Pérez Bustamante</i>	19
■ EL IVA Y LOS SERVICIOS FINANCIEROS. <i>Dolores Luque Calvo</i>	31
■ LOS GRUPOS DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y LA TRIBUTACIÓN CONSOLIDADA EN EL IVA. <i>Leopoldo Delgado Mompó</i>	51
■ EL IMPUESTO AUTONÓMICO SOBRE DEPÓSITOS BANCARIOS. <i>Isaac Merino Jara</i>	69
■ LA TASA MUNICIPAL DE CAJEROS AUTOMÁTICOS: UNA PRIMERA BATALLA GANADA POR LOS AYUNTAMIENTOS. <i>Pablo Chico de la Cámara</i>	91
■ PROPUESTAS INTERNACIONALES DE TRIBUTOS ESPECÍFICOS SOBRE LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMO RESPONSABLES DE LA CRISIS FINANCIERA. <i>Francisco José Delmas González</i>	105
■ LOS REQUERIMIENTOS INDIVIDUALIZADOS DE INFORMACIÓN A LAS ENTIDADES BANCARIAS. <i>Javier Galán Ruiz</i>	117
■ LOS FONDOS PÚBLICOS AL SECTOR BANCARIO Y EL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO. <i>Saturnina Moreno González</i>	137

DOCUMENTOS

■ REAL DECRETO-LEY 11/2010, DE 9 DE JULIO, DE ÓRGANOS DE GOBIERNO Y OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CAJAS DE AHORROS (BOE NÚM. 169, DE 13 DE JULIO DE 2010) (SELECCIÓN).....	171
■ REAL DECRETO-LEY 2/2011, DE 18 DE FEBRERO, PARA EL REFORZAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO. BOE NÚM. 43, DE 19 DE FEBRERO DE 2011. (CORRECCIÓN ERRORES. BOE NÚM. 49, DE 26 DE FEBRERO DE 2011) (SELECCIÓN).....	175
■ RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 26 DE OCTUBRE DE 2010 (REF. V2302-10). IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.	181

Introducción

Perspectivas del Sistema Financiero dedica este número al tratamiento de un conjunto heterogéneo de cuestiones relacionadas con la tributación de las entidades de crédito. La decisión de los temas seleccionados se justifica, básicamente, por su actualidad. Ésta se debe, en unos casos, a que se han producido novedades legislativas que influyen directamente sobre el régimen fiscal de las entidades consideradas. Así, la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, o los Reales Decretos-ley 11/2010 y 2/2011, que tan profundamente afectan a la reestructuración de las cajas de ahorros, y, en especial, los efectos fiscales de los sistemas institucionales de protección, así como las cuestiones que se suscitan en el Impuesto sobre el Valor Añadido en relación con los grupos de entidades de crédito y su tributación consolidada, son muestra suficiente de la necesidad de revisar las nuevas situaciones que estas normas originan.

En otros casos, es la jurisprudencia la que va marcando nuevos derroteros cuyo análisis resulta, asimismo, necesario. Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia de la tasa municipal de cajeros automáticos, o lo que, en su día, pueda conocerse sobre la posición del Tribunal Constitucional sobre el debatido tema de los impuestos autonómicos sobre depósitos bancarios, constituyen otro de los núcleos problemáticos seleccionados.

En tercer lugar, el Derecho comunitario y las propuestas de organismos internacionales en materia fiscal son objeto de atención tanto en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido como con el amplio conjunto de intentos que se han diseñado para gravar específicamente a las entidades financieras en función de su especial situación como consecuencia de la crisis financiera. En el ámbito del Derecho europeo, se da cuenta del debate existente en cuanto a la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido a los servicios financieros, con la finalidad de determinar en qué medida

podrían paliarse los efectos adversos de su exención, especialmente frente a los competidores no comunitarios. Igualmente, se dedica un artículo a los problemas que plantean los fondos públicos utilizados para apoyar al sector bancario desde la perspectiva de la prohibición de ayudas de Estado.

Por último, la captación de información individualizada con transcendencia tributaria, y las obligaciones que ello conlleva para las entidades que se encuentran sujetas a tales deberes, es contemplada desde la perspectiva legislativa y jurisprudencial.

Para asumir este complejo conjunto de cuestiones se ha contado con un excelente plantel de colaboradores. Los profesores universitarios **Pablo Chico de la Cámara, Isaac Merino Jara, Saturnina Moreno González, David Pérez Bustamante y Javier Galán Ruiz** han abordado la elaboración de los artículos que, por razón de sus especialidades respectivas, resultaban más acordes con su experiencia. Asesores fiscales de entidades de crédito, como **Antonio López Poza, Leopoldo Delgado Mompó y Dolores Luque Calvo**, muestran en sus trabajos el conocimiento de las materias de que se ocupan y el extraordinario valor del trabajo diario, que permite una sensibilidad especial ante los problemas fiscales que sólo se adquiere enfrentándolos como tarea habitual. Por último, **Francisco José Delmas González**, desde su atalaya en la Dirección General de Tributos ofrece una panorámica de la actualidad internacional que solo quien cuente con privilegiada información y una excelente formación profesional hubiera podido realizar.

Como apéndice documental se incluye una selección escueta de carácter legislativo y alguna de las resoluciones de consultas de la Dirección General de Tributos que nos han parecido especialmente actuales y de interés en relación con los temas tratados en este número de *Perspectivas del Sistema Financiero*.

El nuevo régimen fiscal de los sistemas institucionales de protección de entidades de crédito

Antonio López Poza

I. INTRODUCCIÓN

1. Origen de los sistemas institucionales de protección

Los sistemas institucionales de protección (SIP) pueden definirse como acuerdos contractuales en virtud de los cuales varias entidades financieras se protegen mutuamente a fin de evitar la quiebra cuando resulte necesario, en particular garantizando su liquidez y solvencia a través de garantías cruzadas y, en algunos casos, mediante una infraestructura de servicios comunes. Tienen su origen en la normativa que regula los recursos propios de las entidades financieras, y pueden considerarse como precedentes de los SIP los esquemas que se configuran en las asociaciones de las cajas de ahorros y los bancos cooperativos de Alemania (los grupos *Volksbanken* y *Raiffeisenbanken*). Otros ejemplos que encontramos en los países de nuestro entorno, con distintos grados de integración, son el Grupo *Rabobank* en Holanda, así como los Grupos *Crédit Agricole*, *Banque Populaire* y *Crédit Mutuel*, en Francia. También se dan acuerdos de este tipo en Italia y en Finlandia (Gómez-Jordana, 2010: 235).

Los antecedentes normativos aplicables en España han de buscarse precisamente en la normativa que regula los recursos propios de las entidades de crédito, concretamente en el artículo 80 (exposiciones ponderadas por riesgo) de la Directiva 2006/48/CE, de 14 de junio (Directiva de Capital) (1). En la legislación específicamente española, los SIP se mencionan por primera vez en el artículo 26.7 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero (2), norma mediante la cual se traspone la citada Directiva y, poco después, en la circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo, cuya norma decimoquinta (3) permite a las entidades de crédito aplicar una ponderación de riesgo del 0 por 100 a sus exposiciones frente a contrapartes que pertenezcan al mismo sistema institucional de protección que la entidad de

crédito acreedora, siempre que se cumplan las condiciones que se especifican.

Como puede observarse, se trata en todo caso de normas que regulan los SIP como figuras a tener en cuenta respecto a la cobertura de los coeficientes de recursos propios de las entidades, pero no suponen, en propiedad, fórmulas para la integración y reestructuración de entidades de crédito. En España, al menos inicialmente, esta normativa se preveía que sería de aplicación en el ámbito concreto de las cooperativas de crédito.

Por ello, resulta sorprendente la inclusión en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (4), de los SIP como una de las fórmulas de integración de entidades de crédito —asimilables en determinadas condiciones a los procesos de fusión— susceptibles de ser apoyados por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) mediante su capitalización transitoria, con el objetivo de mejorar su eficiencia a medio plazo. Es a partir de este momento cuando hemos de pensar en los SIP como fórmula de integración de las entidades de crédito, que resulta especialmente propicia para las integraciones interregionales de cajas de ahorros, puesto que, al mantener las entidades participantes su personalidad jurídica, sus sedes y sus órganos de gobierno, permiten más fácilmente salvar los obstáculos que las comunidades autónomas de origen de cada una de las cajas podrían plantear a una fusión tradicional (5).

2. El informe de estabilidad del Banco de España de marzo de 2006

Tras varios meses de incertidumbre sobre los requisitos que se requerirían para que los SIP de entidades de crédito fueran aptos para ser considerados integra-

ciones susceptibles de acceder a los apoyos del FROB, durante los cuales los únicos criterios conocidos al respecto eran los que comunicaba informalmente el Banco de España a las entidades que estaban iniciando sus procesos de integración, el *Informe de estabilidad financiera* del Banco de España publicado en marzo de 2010, en su página 48, inserta un recuadro (recuadro 3.1) en el que, por primera vez, el Banco de España detalla por escrito y públicamente sus criterios en esta cuestión.

En primer lugar, el mencionado recuadro 3.1, admitiendo que las variedades de SIP son casi infinitas, establece una clasificación de éstos en dos grandes grupos:

1) *SIP en sentido estricto*: grupos de entidades cuyos acuerdos de solidaridad no establecen compromisos de asistencia legalmente vinculantes.

2) *SIP reforzados*: grupos de entidades cuyos acuerdos de solidaridad definen compromisos contractuales sólidos y legalmente vinculantes.

Aunque tanto unos como otros pueden beneficiarse de la ponderación al 0 por 100 de los riesgos entre los miembros, a efectos de la normativa de solvencia únicamente los SIP reforzados merecen, en la mayoría de los casos, la consideración de «grupos» en los que la supervisión se realiza sobre aquella base, y no en base individual como en el caso de los integrantes de los SIP en sentido estricto.

Basándose en tales consideraciones, el Banco de España hizo públicas, a través del citado recuadro 3.1, las condiciones, adicionales a las ya exigidas en la circular 3/2008, que había acordado establecer para que los SIP pudieran ser considerados «reforzados» y, con ello, como grupos a efectos regulatorios. A tal efecto, se considera necesario que:

1) El compromiso de solidaridad en la solvencia comprometa, al menos, el 40 por 100 de los recursos propios computables de cada entidad participante.

2) Exista una instancia central que vele por la solvencia y liquidez de las entidades, y en la que radique la dirección única del grupo.

3) Se acredite, en el seno de la misma, la efectiva existencia de una dirección centralizada, profesional y no asamblearia, adecuadamente dotada de medios.

4) Esta dirección sea la encargada de cumplir los requerimientos regulatorios de información en base consolidada.

5) El sistema cuente con mecanismos adecuados para el seguimiento y la clasificación de los riesgos.

6) En el acuerdo se fije un mínimo de permanencia de 10 años, y se incluyan penalizaciones claramente desincentivadoras de las bajas.

7) Las entidades mutualicen, al menos, un 40 por 100 de sus resultados, participando así en el beneficio común de la actividad.

8) El plan de integración contemple todos los aspectos anteriores, así como los hechos relevantes, y un calendario preciso y detallado de implantación.

De la lectura de estas condiciones establecidas por el Banco de España, especialmente de las tres últimas, cabe deducir que cuando se cumplan no estaremos únicamente ante un grupo a efectos regulatorios, sino ante auténticas integraciones de entidades, de ahí que se les haya denominado coloquialmente como «fusiones frías» o «fusiones virtuales».

3. El Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril

En este escenario, se publica el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que, entre otras medidas, aborda las reformas del marco regulador del sector financiero necesarias para agilizar su proceso de reestructuración. El artículo 25 de la citada norma (6), en línea con los criterios manifestados por el Banco de España en su *Informe de estabilidad* de marzo anterior, y con objeto de garantizar la máxima seguridad jurídica de las operaciones de este tipo, introduce una nueva letra d) en el artículo 8.3 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, mediante la cual se considera que un grupo de entidades financieras constituye un grupo consolidable de entidades de crédito cuando, a través de un acuerdo contractual, varias entidades de crédito integren un SIP que cumpla con los siguientes requisitos:

1) Existencia de una entidad central que determine con carácter vinculante sus políticas y estrategias de negocio, así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos. Se hace responsable a esta entidad central del cumplimiento de los requerimientos regulatorios en base consolidada del sistema institucional de protección.

2) La entidad central podrá ser una de las entidades de crédito integrantes del SIP u otra entidad de crédito participada por todas ellas, y que formará asimismo parte del sistema.

3) Compromiso mutuo de solvencia y liquidez entre las entidades integrantes del sistema que alcance como

mínimo el 40 por 100 de los recursos propios computables de cada una de ellas, con apoyo mediante fondos inmediatamente disponibles.

4) Puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del SIP que suponga, al menos, el 40 por 100 de los mismos, y que deberá ser distribuida de manera proporcional a la participación de cada una de ellas en el sistema.

5) Permanencia mínima de las entidades en el sistema por un periodo de diez años, con preaviso para el abandono con, al menos, dos años de antelación y existencia de un régimen de penalizaciones por baja que refuerce la permanencia y estabilidad del sistema institucional de protección.

6) Comprobación por el Banco de España del cumplimiento de los requisitos anteriores y los previstos en la normativa sobre recursos propios de las entidades financieras para asignar una ponderación de riesgo del 0 por 100 a las exposiciones que tengan entre sí los integrantes del sistema institucional de protección.

Asimismo, y dado que en el caso de SIP de cajas de ahorros, la entidad central no podrá tener esta forma jurídica (al tener que ser una entidad de crédito participada por todas las integradas, sólo podrá ser un establecimiento financiero de crédito o un banco), la misma norma prevé que cuando la entidad central del SIP sea de naturaleza distinta al resto de las entidades integradas en éste y se encuentre participada por todas ellas, se adherirá al Fondo de Garantía de Depósitos al que pertenezcan estas últimas.

Finalmente, y como novedad relevante en el ámbito tributario, este artículo 25 del Real Decreto-Ley 6/2010 introduce la posibilidad de que las entidades de crédito que se vayan a integrar en un SIP insten al Banco de España a que solicite informe a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, en el ámbito de interpretación de la normativa tributaria estatal, sobre las consecuencias tributarias de la integración, con el objetivo de asegurar la neutralidad fiscal de la operación. Este informe se habrá de emitir en el plazo de un mes sobre la base de la concurrencia de los requisitos ya comprobados por el Banco de España, y tendrá efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos.

Aunque el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, así como el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, han modificado ligeramente esta letra d) del artículo 8.3 de la Ley 13/1985, los requisitos

descritos siguen plenamente vigentes, puesto que únicamente se matiza que, en caso de abandono del sistema por parte de una entidad integrante de éste, el Banco de España analizará tanto su viabilidad individual como la del resto de participantes, que en el caso de SIP de cajas de ahorros la entidad central habrá de ser una sociedad anónima y habrá de estar participada en, al menos, el 50 por 100 de su accionariado por las cajas integrantes, así como que cuando se hayan aportado a la entidad central la totalidad de los activos y pasivos afectos al negocio financiero se entenderán cumplidos los requisitos de mutualización de resultados, solvencia y liquidez descritos anteriormente.

II. DISTORSIONES FISCALES QUE SE ORIGINAN EN ESTAS INTEGRACIONES

La normativa fiscal ha propiciado tratamientos especiales para las fusiones, bien fomentándolas cuando se consideraban beneficiosas para la economía nacional (como hacía la Ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre régimen fiscal de las fusiones de empresas), bien manteniendo un estricto principio de neutralidad, criterio vigente en España a partir de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas, cuyo objetivo no era estimular la realización de las integraciones, pero tampoco obstaculizarlas, para lo cual se prevé que su ejecución no ha de originar carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla. Esta misma finalidad es la que persiguen las normas que regulan en la actualidad el régimen fiscal de reestructuraciones empresariales, dentro del capítulo VIII del título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (7).

De ahí que en las integraciones de cajas de ahorros que se realizan mediante fusiones, bien por absorción, bien por creación de una nueva entidad, no exista ningún obstáculo de tipo fiscal. Si hacemos un breve repaso de la posible incidencia fiscal de estas operaciones nos encontramos que:

— A los efectos del Impuesto sobre Sociedades, aunque, de acuerdo con los artículos 15.2 y 18 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), la norma general es que las transmisiones de elementos patrimoniales que se realizan en las fusiones han de valorarse fiscalmente a precios de mercado, todo ello con independencia de las rentas registradas contablemente, la tributación que ello supondría se puede evitar acogiendo la operación al régimen fiscal previsto en el ya citado capítulo VIII del título VII del TRLIS, que establece un diferimiento general en la integración fiscal de las rentas hasta que los elementos patrimoniales se vayan amor-

tizando o se transmitan a terceros. Además, este régimen, que no precisa de autorización administrativa sino de una simple comunicación a la Administración tributaria, permite la compensación de bases negativas y deducciones pendientes de aplicar por la entidad absorbente o de nueva creación siempre que exista una sucesión universal de ésta respecto a las entidades extinguidas. El régimen es muy flexible, puesto que admite la posibilidad de renuncia total o parcial a los efectos del diferimiento, reconoce efectos fiscales a los posibles acuerdos de retroacción contable y tan sólo se prevé cierto rigor en cuanto a las menciones obligatorias que, en lo sucesivo, habrán de hacerse en la *Memoria* de las cuentas anuales.

— Por lo que respecta al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), el régimen general de este tributo establece (artículo 7.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre) que se trata de operaciones no sujetas al Impuesto siempre que los elementos patrimoniales transmitidos constituyan una unidad económica autónoma.

— En cuanto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el artículo 19.2 de su texto refundido (8) considera no sujetas al concepto «operaciones societarias» las operaciones de reestructuración, y asimismo el apartado 10 de su artículo 45.I.B las declara exentas de los conceptos «transmisiones onerosas» y «actos jurídicos documentados» (9).

— Finalmente, en lo que afecta al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, tributo local que, al gravar las transmisiones de determinados inmuebles, podría suponer un importante coste en las operaciones de concentración descritas, la disposición adicional del TRLIS establece que no se devengará en el caso de operaciones acogidas al régimen fiscal especial regulado en el capítulo VIII del título VII de dicha norma (salvo en el caso de las «aportaciones no dinerarias especiales» reguladas en el artículo 94 del TRLIS), si bien las transmisiones que suponen estas integraciones no interrumpen el periodo de permanencia a los efectos del cálculo de la base imponible del impuesto.

Podemos comprobar, pues, que las normas tributarias vigentes permiten evitar la existencia de costes fiscales que impidan o dificulten la realización de las fusiones de cajas de ahorros. Sin embargo, las integraciones de cajas de ahorros que se están realizando a través de SIP, probablemente por la novedad de esta figura, han encontrado desde un principio trabas fiscales que se manifiestan en importantes costes, que incluso podrían llegar a hacerlas inviables. Pasemos a relacionar los principales costes fiscales que plantea la integración mediante un SIP frente a una fusión de cajas de ahorros:

— La constitución de la entidad de crédito participada por todas las entidades integrantes del SIP, que

se configura como entidad central de éste (salvo en los supuestos —escasos en la práctica— en los que se utilice como entidad central una de las entidades de crédito integradas), se encuentra gravada por el concepto «operaciones societarias» del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al tipo del 1 por 100. Del mismo modo tributan las aportaciones dinerarias que se realicen para ampliar el capital de dicha entidad (10). Por el contrario, no están gravadas por el concepto «operaciones societarias» las aportaciones no dinerarias, sean o no de «rama de actividad», que podrán acogerse al régimen fiscal especial regulado en el capítulo VIII del título VII del TRLIS, salvo en el caso de las aportaciones no dinerarias de elementos que no constituyan rama de actividad cuando las entidades integradas en el SIP obtengan una participación inferior al 5 por 100 en la entidad central.

— La centralización de servicios que es consustancial con la integración que persigue el SIP supone un importante incremento de los costes por cuotas de IVA no recuperadas por las entidades de crédito receptoras de tales servicios, al tener tales entidades limitado el derecho a deducción del IVA soportado, debido a que la actividad financiera que realizan supone que la mayoría de sus operaciones se encuentran exentas de IVA. Se produce, además, la paradoja de que cuanto mayor sea la integración mayor será la centralización de servicios, y, por lo tanto, existirán mayores costes por IVA. Aunque inicialmente se barajó la constitución de agrupaciones de interés económico para la prestación de servicios comunes como posible alternativa para limitar tales costes, la rigidez de los requisitos que se han de cumplir, así como la posible incidencia de la normativa sobre operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades, desaconsejan la utilización de estas estructuras con carácter general, si bien en algún caso concreto pueden resultar eficaces.

— Al ser las entidades integrantes del SIP sujetos pasivos diferenciados a los efectos del Impuesto sobre Sociedades, ya que pervive la personalidad jurídica de cada una de ellas, no es posible la compensación inmediata en el referido impuesto de las bases imponibles negativas o deducciones que alguna de las entidades integrantes pudiera generar, mientras que en una fusión, al unificarse la personalidad jurídica, este aprovechamiento recíproco se puede realizar, al existir una base imponible y una liquidación única del Impuesto sobre Sociedades.

— También al existir diferentes personalidades jurídicas, y por lo tanto distintos sujetos pasivos, tanto a efectos del Impuesto sobre Sociedades como a efectos del IVA, sujetos que, por otra parte, se encuentran vinculados por los lazos de participación que normalmente se establecen además de por los propios acuerdos

de mutualización que conforman el SIP, se dan los supuestos en los que la normativa sobre operaciones vinculadas hace surgir la obligación de valorar a mercado las operaciones que se realicen entre las entidades integrantes del sistema. Adicionalmente, respecto de tales operaciones habrán de cumplimentarse las obligaciones de documentación que establece el artículo 16 del TRLIS y el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (11), lo que puede suponer, además de elevados costes, una importante complejidad que no se origina en las integraciones mediante fusión.

— Las aportaciones a la entidad central de inmuebles, salvo las que se consideren «aportaciones de rama de actividad», así como las transmisiones de este tipo de bienes entre las entidades integradas en el SIP, originarán el devengo del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, tributo local que puede suponer costes muy relevantes que, como anteriormente hemos comentado, no se generan en las operaciones de fusión.

Surgen adicionalmente multitud de dudas sobre el tratamiento fiscal de las operaciones que son peculiares de esta novedosa forma de integración. Así, a modo de ejemplo, respecto de la mutualización de resultados, que se configura como requisito clave de los SIP, no existen precedentes normativos ni doctrinales en los que fundamentar con claridad la plena neutralidad en el Impuesto sobre Sociedades y en la tributación indirecta.

Puesto que uno de los objetivos de las integraciones es, precisamente, conseguir una mayor eficiencia económica, no resultaría asumible que, debido a los costes fiscales que se originan, el grupo resultante fuera menos eficiente que, en la situación de partida, lo eran las entidades de crédito aisladas. Por otra parte, el informe vinculante cuya solicitud prevé el artículo 25 del Real Decreto-Ley 6/2010 «con el objetivo de asegurar la neutralidad fiscal de la operación» ha de partir, para responder a las cuestiones que el Banco de España plantea, como no puede ser de otra manera, de las leyes tributarias vigentes, sin que por esta vía del informe puedan establecerse criterios que supongan la aplicación de exenciones o regímenes fiscales especiales, no previstos en la normativa vigente.

Por ello, tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2010, tanto algunas de las cajas de ahorros que se encontraban en procesos de integración mediante SIP como la propia Confederación Española de Cajas de Ahorros demandaron del legislador cambios legales específicos a través de los cuales se lograra la plena asimilación normativa del régimen fiscal de las integraciones a través de SIP con las realizadas mediante fusiones.

III. EL RÉGIMEN FISCAL APROBADO MEDIANTE EL REAL DECRETO-LEY 11/2010, DE 9 DE JULIO

Con fecha 13 de julio de 2010 se publicó en el *BOE* el Real Decreto-Ley 11/2010, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, cuyo principal objetivo, tal como señalaba su propia exposición de motivos, era el de «reformar el modelo de Cajas para garantizar su permanencia y las considerables ventajas que aporta a nuestro sistema financiero». Este Real Decreto-Ley, que establece modificaciones para fortalecer los SIP e introduce nuevas alternativas para el ejercicio de su actividad por parte de las cajas de ahorros, tales como la posibilidad de realizar toda la actividad financiera de la caja mediante un banco controlado por la caja, o incluso la transformación de la caja en una fundación de carácter especial que conserve la Obra Social mientras que todo su negocio financiero se traspase a un banco, incluye asimismo una reforma del régimen fiscal que, según señala la propia norma, persigue «garantizar la neutralidad fiscal de los diferentes modelos».

Este régimen fiscal, que se describe con todo detalle en la exposición de motivos del citado Real Decreto-Ley (12), se incluye en su artículo 7 (13) y responde, en gran medida, como veremos a continuación, a la necesidad de evitar las distorsiones que afectan a las integraciones mediante SIP que hemos descrito anteriormente. Las novedades que introduce el mencionado artículo 7 del Real Decreto-Ley son las siguientes:

a) Se aplicará el régimen fiscal de reestructuraciones (capítulo VIII del título VII del TRLIS) a las siguientes transmisiones de activos y pasivos, aunque no se correspondan con las reestructuraciones típicas, siempre que produzcan resultados económicos equivalentes:

— Las realizadas para la constitución y ampliación de un sistema institucional de protección.

— Las realizadas en procesos de reestructuración de entidades de crédito con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) a los que hace referencia el artículo 7 del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de julio.

De esta manera, el artículo 7.1 del Real Decreto-Ley 11/2010 permite que se aplique el régimen fiscal de reestructuraciones en aquellos casos en que no se cumplen los requisitos que para su aplicación se exigen normalmente. Esto se produce, por ejemplo, cuando las aportaciones realizadas por alguna de las entidades integradas en el SIP no le otorgan derecho a un porcentaje de, al menos, el 5 por 100 en el capital de la entidad central, o cuando la integración se realiza a través de operaciones distintas de las previstas para la aplicación

del régimen de reestructuraciones, como es el caso de la cesión global de activos y pasivos regulada en los artículos 81 y siguientes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ha de mencionarse, como ya ha manifestado la Dirección General de Tributos (14), que este artículo 7.1 del Real Decreto-Ley resulta únicamente de aplicación cuando no se cumplan los requisitos exigidos por el capítulo VIII del título VII del TRLIS, y está sometido a las exigencias formales establecidas en el citado régimen de reestructuraciones.

b) El artículo 7.3 del R.D. Ley 11/2010 establece una exención en los conceptos de «operaciones societarias» y «actos jurídicos documentados» del ITP-AJD, aplicable a la entidad central del SIP en la constitución y en las ampliaciones de capital o aportaciones suscritas por las entidades agrupadas, que se encuentren previstas en el acuerdo contractual y, en su caso, en el plan de integración. Esta exención no afecta, como puede observarse, a otras ampliaciones de capital que pudieran suscribir terceros; por ejemplo, si la entidad central acordara a los mercados para reforzar su capital (15).

En virtud de esta norma, quedan también exentas de «operaciones societarias» las que se lleven a cabo como consecuencia de reestructuraciones con intervención del FROB, y se reconoce la exención general en este tributo de los acuerdos contractuales y documentos a través de los que se establezcan los compromisos mutuos de solvencia, liquidez y puesta en común de resultados en un SIP. De esta forma, se despejan las dudas sobre la posible incidencia de este tributo indirecto sobre las operaciones necesarias para llevar a cabo las aludidas integraciones.

c) Los artículos 7.5 y 7.6 del Real Decreto-Ley establecen la posibilidad de que las entidades integradas en un SIP puedan tributar por IVA y por IGIC, respectivamente, en el Régimen Especial de Grupo de Entidades (REGE), del que será dominante la entidad central del sistema y dependientes las participadas en más de un 50 por 100 por las entidades que pertenezcan al dicho SIP. De esta forma, se permite acceder a este tipo de integraciones a un régimen que permite evitar los costes por IVA soportado no deducible en las operaciones intergrupo.

d) Una demanda insistente de las entidades que habían acordado su integración a través de un SIP era que se les permitiera tributar en el Impuesto sobre Sociedades en régimen especial de consolidación fiscal, dentro del grupo fiscal del que fuera dominante la entidad central del sistema. El Real Decreto-Ley 11/2010 no contempla esta posibilidad, estableciendo no obstante dos medidas que tratan de evitar algunas distorsiones fiscales que también se evitarían por medio de la tributación consolidada:

— El artículo 7.2 del Real Decreto-Ley permite acoger a un régimen de diferimiento las rentas generadas como consecuencia de transmisiones de activos y pasivos realizadas entre entidades de crédito en cumplimiento de los acuerdos de un sistema institucional de protección.

— La dotación a la Obra Social de las cajas integradas en un SIP, o de una caja que realice el ejercicio indirecto de su actividad financiera a través de un banco, podrá reducir la base imponible de la entidad central del SIP o, en su caso, del banco, en la proporción que representen los dividendos percibidos por la caja de la entidad central o, en su caso del banco, respecto del total de sus ingresos. Con esta medida, introducida por el artículo 7.8 del Real Decreto-Ley, se persigue garantizar el aprovechamiento pleno de la deducibilidad de las dotaciones a Obra Social de las cajas que, habiendo traspasado todo su negocio financiero a un banco, carecerán en los sucesivos de ingresos que tributen efectivamente, dado que los dividendos que perciban por su participación en el banco tendrán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos al 100 por 100.

También con la consolidación fiscal se mitigarían los rigores de la aplicación de la normativa de operaciones vinculadas sobre las transacciones que se realizaran entre las entidades integrantes del SIP, incluidos los servicios que prestará la entidad central a las entidades de crédito integradas. Aunque la consolidación fiscal no se permite en el régimen fiscal previsto en el Real Decreto-Ley 11/2010, ha de destacarse que la nueva letra d) del apartado 4 del artículo 18 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, introducida por el Real Decreto 897/2010, de 9 de julio (de la misma fecha que el Real Decreto-Ley 11/2010), establece que no será exigible la documentación de operaciones vinculadas a las realizadas entre entidades de crédito integradas a través de un SIP que tengan relación con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la letra d) del apartado 3 del artículo 18 de la Ley 13/1985.

e) El artículo 7.7 del Real Decreto-Ley clarifica, a fin de que no pueda surgir ninguna duda, que en el caso de ejercicio indirecto de la actividad financiera por una caja de ahorros, ésta y la entidad de crédito a la que aporte todo su negocio financiero podrán aplicar el régimen de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 67 del TRLIS.

f) Otra de las preocupaciones de las cajas de ahorros inmersas en estos procesos de integración era la posibilidad de aplicación de este nuevo régimen especial a los procesos ya iniciados. La disposición transitoria octava del Real Decreto-Ley 11/2010 determina que el régimen fiscal de los SIP será asimismo aplicable a

los SIP de entidades de crédito, que se encuentren constituidos a la fecha de entrada en vigor del mismo, por las operaciones y actos ya realizados. A efectos del Impuesto sobre Sociedades, el régimen fiscal será aplicable a los periodos impositivos en que se hayan llevado a cabo las operaciones a las que se refiere, se hubiesen realizado en fechas anteriores o posteriores a la entrada en vigor de dicha norma.

Sin embargo, sorprende que esta disposición, posiblemente por un error de adaptación de esta norma al título definitivo del artículo 7 del Real Decreto-Ley (que en algunos borradores era el de «régimen fiscal de los sistemas institucionales de protección de entidades de crédito»), haya dejado fuera de este régimen transitorio a otras integraciones a las que se refiere el mencionado artículo 7, como son los procesos de reestructuración con intervención del FROB, causando un notable perjuicio económico en algún supuesto, lo que resulta completamente discriminatorio y carente de sentido.

g) Finalmente, este artículo 7, en su apartado 4, adapta la posibilidad prevista en el Real Decreto-Ley 6/2010 de que las entidades que realicen estas integraciones puedan instar al Banco de España a que solicite un informe vinculante a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, ampliándola a las operaciones con intervención del FROB, en las que la solicitud la deberá realizar este organismo. El informe vinculante podrá versar sobre la concurrencia del requisito de equivalencia de los resultados económicos a que se refiere el apartado 1 del mismo artículo 7 del propio Real Decreto-Ley, así como sobre cualesquiera otras consecuencias tributarias que se deriven de dichas operaciones. Al igual que ya establecía el Real Decreto-Ley 6/2010, el informe se emitirá en el plazo máximo de un mes, y tendrá efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos. No obstante, es digno de mención el hecho de que la nueva regulación que se hace de este informe vinculante omite toda mención a que el objetivo del mismo sería «asegurar la neutralidad fiscal de la operación», como expresamente se establecía en el Real Decreto-Ley 6/2010.

IV. EN BUSCA DE LA PLENA NEUTRALIDAD: EL REAL DECRETO-LEY 2/2011, DE 18 DE FEBRERO

Como puede observarse, las medidas introducidas por el artículo 7 del Real Decreto-Ley 11/2010 conforman un régimen fiscal especial en el que se suavizan notablemente los costes fiscales que originan las integraciones de entidades de crédito a través de SIP. Sin embargo, la profundidad de las integraciones de cajas de ahorros que se están llevando a cabo a través de

esta nueva figura (16) puso de manifiesto otros nuevos problemas concretos en la aplicación de las normas tributarias.

Algunos de estos problemas han podido ser resueltos a través de la interpretación de la normativa realizada por la Dirección General de Tributos en el informe vinculante emitido sobre cada integración a instancias del Banco de España. Sin embargo, otras cuestiones que afectan al Impuesto sobre Sociedades, especialmente las que se originan cuando se mutualizan de forma significativa los beneficios de las cajas integradas o se aportan la totalidad de los activos y pasivos financieros a una entidad bancaria, no podían ser resueltas por completo con la normativa vigente tras el Real Decreto-Ley 11/2010, y suponían una clara ausencia de neutralidad respecto al tratamiento que reciben las integraciones mediante fusión, constituyendo serios obstáculos para el buen fin de las integraciones a través de SIP de las cajas de ahorros. Tales cuestiones son las siguientes:

a) No diferimiento de las transmisiones de activos y pasivos entre las cajas y con la entidad central no contempladas en el plan de integración. El artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 11/2010 limita el régimen de diferimiento a las transmisiones que se realicen en cumplimiento de los acuerdos del SIP. Dado que las integraciones mediante SIP se están configurando en la práctica como progresivas en el tiempo, la realización de continuas modificaciones de los acuerdos de integración, con conocimiento formal del Banco de España, para así mantener la neutralidad fiscal, no parecía operativa en absoluto.

b) Incapacidad de las cajas que mutualizan el 100 por 100 de sus resultados a través de la entidad central, a cambio de dividendos de la misma, de aprovechar los ajustes negativos en base imponible a los que tienen derecho, las bases imponibles negativas y, en su caso, las deducciones no aprovechadas hasta la fecha de integración o que pudieran generar en el futuro. Esta incapacidad se manifiesta en:

— Provisiones o deterioros que resulten no deducibles en el momento de la integración, y cuya deducibilidad se obtiene en ejercicios posteriores. Cuando se produzca la reversión, al haber mutualizado las cajas sus resultados, no contarán con beneficios contables que tributen con los que compensar los ajustes negativos que se originan.

— Beneficios fiscales articulados en forma de aceleración del gasto fiscal, como la libertad de amortización con creación de empleo, el *leasing*, etc... que se instrumentan mediante ajustes negativos en base imponible, que no contarán con beneficios contables de los que minorarse.

c) Aunque el artículo 7.8 del Real Decreto-Ley 11/2010 persigue la deducibilidad plena de las dotaciones a la Obra Social de las cajas integradas en un SIP, no resuelve totalmente la cuestión y, adicionalmente, introduce una gran complejidad de gestión.

d) Las deducciones generadas por la cajas que mutualizan sus resultados, podrían no poder aprovecharse al no contar éstas con cuotas positivas de las que minorar tales deducciones.

e) Aunque el Real Decreto 897/2010, de 9 de julio, ha excluido de la obligación de documentar a las operaciones realizadas entre entidades de crédito, integradas a través de un SIP aprobado por el Banco de España, que tengan relación con el cumplimiento por parte del referido sistema institucional de protección de los requisitos establecidos en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, existen muchísimas más operaciones, en mayor medida cuanto mayor sea la integración, que habrían de documentarse, originándose costes, riesgos y, sobre todo, una gran inseguridad jurídica, que no se producen en las integraciones realizadas mediante fusiones.

Las distorsiones fiscales mencionadas precisaban de una modificación legal que permitiera que las cajas integradas en un SIP pudieran tributar de forma consolidada en el Impuesto sobre Sociedades dentro del grupo fiscal del que formara parte la entidad dominante, la entidad central del sistema.

Por otra parte, se había observado la existencia de otras distorsiones en el Impuesto sobre Sociedades, que surgen de la necesidad de mutualizar el 100 por 100 de los resultados que se está imponiendo en las integraciones de las cajas de ahorros, y que no resolvía, por sí misma, la inclusión dentro del grupo de tributación consolidada de la entidad central. Tales problemas se describen a continuación:

— Una vez incluidas las cajas en el grupo fiscal de la entidad central, el aprovechamiento de las bases imponibles negativas (BIN) y las deducciones pendientes de aplicar generadas en ejercicios anteriores, de acuerdo con los artículos 74.2 y 78.2 del TRLIS, se podría realizar minorándolas de la base imponible y de la cuota, respectivamente, del nuevo grupo fiscal, pero con el límite de base imponible y cuota individual de la sociedad que se integra. Dada la incapacidad de las cajas que mutualizan el 100 por 100 de sus resultados a través de la entidad central, a cambio de dividendos de la misma, de generar en lo sucesivo rentas fiscales (17), incapacidad que igualmente afecta a las cajas que ya han aportado el 100 por 100 de su negocio financiero a la entidad central del SIP, si no se les liberase del cumplimiento de los referidos límites individuales mediante

la reforma legal correspondiente, los nuevos grupos de cajas no podrían aprovechar las BIN y deducciones descritas, que ha de tenerse en cuenta que son en la actualidad cuantitativamente muy relevantes, puesto que la situación económica de los últimos ejercicios ha sido propicia a la existencia de BIN, con la consecuente acumulación de deducciones pendientes de aplicar.

— La aportación de cualquier participada a la entidad central, así como la propia inclusión de las cajas de ahorros en el grupo fiscal de la entidad central, podría generar la incorporación de las eliminaciones que se realizaron en los grupos fiscales de los que son actualmente dominantes las cajas de ahorros. En las operaciones de fusión no se incorporan estas eliminaciones en virtud de lo establecido en el artículo 81.1 a) del TRLIS, que establece una excepción a la regla general que debería extenderse a los supuestos descritos.

— También se consideraba necesaria una modificación legal para aclarar que, en el supuesto de segregaciones de todo el negocio financiero realizadas por las cajas a favor de un banco, se aplicará el artículo 90.1 y, por tanto, se transmitirán al banco las bases negativas y deducciones pendientes generadas por dicho negocio financiero. En este supuesto, habría de entenderse que dichas bases son bases del grupo y no previas a la consolidación, aun cuando puedan corresponder a una filial bancaria y no a la caja. De esta manera, se establecería la neutralidad fiscal en aquellos supuestos en los que la reestructuración de la caja se hubiera realizado mediante cesiones de sus activos y pasivos a un banco, aun cuando estas entidades se integren posteriormente en un SIP, ya que, en caso contrario, se podría perder el derecho a compensar tales créditos fiscales.

— Habría de admitirse la eficacia fiscal de los efectos contables retroactivos en las operaciones de segregación o aportación de todo el negocio financiero, de forma que se equiparen en el ejercicio indirecto de la actividad que realicen las cajas los efectos fiscales a la extinción requerida por el artículo 91 del TRLIS, incluyendo también los supuestos en los que las cajas se conviertan en fundaciones.

La aprobación del Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero (BOE de 19 de febrero), ha venido a resolver la casi totalidad de los problemas que hemos enunciado, puesto que su disposición final primera (18) modifica el TRLIS en los siguientes extremos:

1) En el régimen especial de tributación consolidada del Impuesto sobre Sociedades se crea un nuevo supuesto de entidad dependiente del grupo fiscal, el de las entidades de crédito integradas en un SIP, siempre

que la entidad central del sistema forme parte de dicho grupo fiscal, y tanto la puesta en común de los resultados como el compromiso mutuo de solvencia y liquidez sean del 100 por 100. En línea con la reforma que el propio Real Decreto-Ley realiza en la letra d) del apartado tres del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 13 de mayo (19), también a los efectos de esta norma de contenido tributario se consideran cumplidos tales requisitos en aquellos SIP de cajas de ahorros en los que éstas hayan optado por realizar el ejercicio indirecto de su actividad como entidades de crédito, puesto que en estos casos resulta claro que ya se ha producido, mediante la aportación de todos los activos y pasivos del negocio financiero a la entidad central del sistema, la plena puesta en común de resultados, solvencia y liquidez.

Ha de destacarse que sólo las entidades de crédito que se integren en un SIP, y no sus participadas en, al menos, el 75 por 100, se consideran como dependientes del grupo fiscal del que forme parte la entidad central del sistema. Ello supone la imposibilidad de integrar en el grupo fiscal consolidado a aquellas participadas en las que el control pleno o casi pleno (al menos, el 75 por 100) se obtenga a través de las entidades de crédito integradas en el SIP, y no a través de la entidad central, exclusión carente de lógica desde el punto de vista de técnica tributaria y que entendemos ha de interpretarse como medida para fomentar la aportación, por parte de las entidades de crédito integradas, de sus carteras de participadas a la entidad central del sistema institucional de protección.

2) Tanto para los grupos de tributación consolidada en los que participen entidades de crédito integradas en un SIP como para aquéllos en los que se haya producido el ejercicio indirecto de su actividad financiera por una caja de ahorros, en los términos del artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010, la disposición transitoria trigésima tercera del TRLIS que introduce este Real Decreto-Ley establece las siguientes particularidades que persiguen el mantenimiento, para estas novedosas fórmulas de integraciones societarias, de una neutralidad similar a la que se obtendría de haberse realizado estas integraciones mediante una fusión:

— La incorporación de las entidades de crédito al grupo fiscal del que forma parte la entidad central o en el que se haya producido el ejercicio indirecto de la actividad financiera por una caja de ahorros, se realizará desde el inicio del periodo impositivo en el que se materialicen las operaciones, y con los mismos efectos se incorporarán a dicho grupo las participadas de, al menos, el 75 por 100 que fueran entidades dependientes de grupos que vinieran tributando consolidadamente y que hubieran sido objeto de aportación mediante una operación protegida fiscalmente por el régimen de fusiones o en virtud del artículo 7.1. del Real Decreto-Ley 11/2010.

— Como ocurre en los casos de fusión, no habrán de incorporarse las eliminaciones practicadas en régimen de consolidación fiscal como consecuencia de la salida de las participadas aportadas a la entidad central de los grupos consolidados de los que eran dominantes las entidades de crédito integradas en el SIP, ni las eliminaciones que habrían de incorporarse normalmente en el caso de extinción de tales grupos consolidados (p.ej., si tales entidades de crédito se quedasen sin participadas).

— Se garantiza la compensación de las bases imponibles negativas y deducciones pendientes de aplicar que hubieran generado las entidades integradas en un SIP o la caja de ahorros que realice el ejercicio indirecto de su actividad, puesto que podrán ser compensadas por el grupo fiscal del que formen parte, con el límite, respectivamente, de la base imponible o de la cuota de la entidad central o de la entidad bancaria a través de la que se realice la actividad financiera; todo ello a condición de que las entidades de crédito integradas en el SIP o, en su caso, la caja de ahorros que realice el ejercicio indirecto de su actividad, no desarrollen actividades económicas distintas del mantenimiento de participaciones accionariales en otras entidades. La compensación de estos créditos fiscales podrá realizarse aun en los casos en que la entidad bancaria que realice la actividad financiera quede excluida del grupo fiscal del que sea dominante la entidad central del SIP o la caja de ahorros que realice el ejercicio indirecto, incluso en el supuesto de extinción de tales grupos, lo que equivale a establecer que en estos casos tal compensación de créditos fiscales se realizará en régimen individual por la entidad bancaria que realice la actividad financiera y a la que se aportaron los activos y pasivos de la misma.

— Se reconoce eficacia fiscal a los efectos contables retroactivos que mercantilmente cabe pactar en las operaciones de segregación o aportación del negocio financiero, tanto por las entidades integradas en un SIP a favor de la entidad central como por una caja de ahorros que realice el ejercicio indirecto de su actividad financiera, siempre que tales aportaciones se realicen mediante operaciones protegidas fiscalmente.

— Se establece una plena neutralidad fiscal en los casos en que la entidad bancaria que realice la actividad financiera quede excluida del grupo fiscal del que sea dominante la entidad central del SIP o la caja de ahorros que realice el ejercicio indirecto (incluso en el supuesto de extinción de tales grupos), lo que puede ocurrir en el caso de que la entidad central del SIP o la caja de ahorros pierdan el grado de participación de, al menos, el 75 por 100 sobre la entidad bancaria, o del 70 por 100 si ésta cotiza. En estos casos, se establece que ello no generará tributación por las rentas que se

eliminaron durante la consolidación, que se difieren hasta que deban integrarse normalmente.

3) Finalmente, el Real Decreto-Ley 2/2011, introduce una disposición transitoria trigésima cuarta en el TRLIS para resolver el problema de ausencia de neutralidad que se producía en el caso concreto de los SIP de cajas de ahorros constituidos en 2010 que mutualizasen el 100 por 100 de sus resultados, de su solvencia y su liquidez. Para ello establece que, a los solos efectos de determinar la base imponible de dicho período impositivo, no tendrán la consideración de gasto deducible y de ingreso computable, según proceda, en las cajas de ahorros y en la entidad central, aquellos gastos e ingresos contabilizados por esas entidades como consecuencia de la puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del sistema.

Aunque, tras la aprobación de este Real Decreto-Ley 2/2011, subsisten algunos supuestos en los que se originan costes fiscales, como son la no posibilidad de integrar en el grupo de tributación consolidada a las participadas de las entidades de crédito integradas en el SIP, o el mantenimiento de sus límites individuales para la compensación de bases negativas o deducciones pendientes generadas por las participadas que se aporten, lo cierto es que, globalmente, la normativa fiscal ha eliminado la mayor parte de las distorsiones que se generaban como consecuencia de la utilización para la integración de entidades de crédito de la novedosa figura de los sistemas institucionales de protección que, aunque coloquialmente se hayan denominado «fusiones frías» o «fusiones virtuales», mantienen, como ha sido objeto de análisis, una enorme distancia, tanto mercantilmente como fiscalmente, con las fusiones tradicionales.

V. CONCLUSIONES

Los sistemas institucionales de protección (SIP) son figuras propias de la normativa de solvencia de las entidades de crédito, no previstas inicialmente para convertirse en fórmulas de integración de tales entidades.

No obstante, el mantenimiento que se produce en estas estructuras de la personalidad jurídica de las entidades participantes, de sus sedes y sus órganos de gobierno, ha sido un hecho determinante del éxito de los SIP como fórmulas para la integración de aquellas cajas de ahorros que tienen sus sedes en distintas comunidades autónomas.

La carencia de regulación sustantiva de los SIP como fórmula de integración ha originado un sinnúmero de dificultades. En el ámbito específicamente tributario, la mayoría de los problemas han surgido por la pervivencia de

la personalidad jurídica individual de las entidades que se integran y, con ello, de la condición de sujetos pasivos tanto en los tributos directos (p.ej., el Impuesto sobre Sociedades) como en los indirectos (p.ej., el IVA), lo que hubiera originado, en principio, importantes costes y distorsiones que podrían hacer más ineficiente el resultado de la integración mediante SIP que la situación previa de entidades de crédito aisladas.

Tras la aprobación del régimen fiscal específico que introduce el artículo 7 del Real Decreto-Ley 11/2010, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, se suavizaron notablemente los costes fiscales que originaban las integraciones de entidades de crédito a través de sistemas institucionales de protección.

Sin embargo, la profundidad de las integraciones de cajas de ahorros que se están llevando a cabo a través de esta nueva figura, y muy especialmente la mutualización de resultados al 100 por 100 que han acordado todas las cajas de ahorros que hasta el momento se han integrado a través de esta figura, incluso aportando la totalidad de los activos y pasivos de su actividad financiera a la entidad central, pusieron de manifiesto nuevos problemas concretos en la aplicación de las normas tributarias, que han dado lugar a la aprobación del régimen fiscal previsto en la disposición final primera del Real Decreto-Ley 2/2011, a través de la que se ha eliminado la mayor parte de las distorsiones que se generaban como consecuencia de la utilización para la integración de entidades de crédito de la figura de los sistemas institucionales de protección, si bien subsisten algunos supuestos concretos en los que se originan costes fiscales.

En estas condiciones, las cajas de ahorros integradas en un SIP, aunque con algunas peculiaridades, podrán tributar en condiciones de neutralidad en lo sustancial con aquellas que han optado por integrarse mediante la fórmula tradicional de la fusión.

NOTAS

(1) *Tratamiento de los SIP en la Directiva 2006/48/CE, de 14 de junio (Directiva de Capital)*

Artículo 80 (Exposiciones ponderadas por riesgo)

(...)

8. Con excepción de las exposiciones que dan lugar a pasivos en forma de los elementos contemplados en las letras a) a h) del artículo 57 (elementos que integran los recursos propios), las autoridades competentes podrán eximir de los requisitos del apartado 1 del presente artículo (es decir, de las exposiciones ponderadas por riesgo) a las exposiciones frente a contrapartidas que pertenezcan al mismo sistema institucional de protección que la entidad de crédito acreedora, a condición de que se cumplan las condiciones siguientes:

a) las condiciones establecidas en las letras a), d) y e) del apartado 7(2);

b) que la entidad de crédito y la contraparte hayan llegado a un acuerdo contractual o de responsabilidad obligatoria que proteja a dichas instituciones y, en particular, garantice su liquidez y solvencia a fin de evitar la quiebra cuando resulte necesario (denominado a continuación «sistema institucional de protección»);

c) que los acuerdos garanticen que el sistema institucional de protección podrá otorgar el apoyo necesario con arreglo a su cometido, con cargo a fondos directamente a su disposición;

d) que el sistema institucional de protección cuente con mecanismos adecuados y establecidos de manera uniforme para el seguimiento y la clasificación de riesgos (que ofrezcan una visión exhaustiva de la situación de riesgo de cada miembro y del sistema institucional de protección en su conjunto), con las correspondientes posibilidades de sometimiento a influencia; dichos sistemas controlarán adecuadamente las exposiciones en situación de impago, de conformidad con el punto 44 de la parte 4 del anexo VII;

e) que el sistema institucional de protección efectúe su propia evaluación de riesgos y la comunique a sus miembros;

f) que el sistema institucional de protección elabore y publique una vez al año ya sea un informe consolidado que comprenda el balance, la cuenta de beneficios y pérdidas, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema institucional de protección en conjunto, ya sea un informe que comprenda el balance agregado, la cuenta agregada de beneficios y pérdidas, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema institucional de protección en conjunto;

g) que los miembros del sistema institucional de protección que deseen dejarlo estén obligados a notificarlo con una antelación de al menos 24 meses;

h) que se elimine la utilización múltiple de elementos admisibles para el cálculo de los fondos propios (múltiples relaciones pasivo-capital), así como cualquier constitución inapropiada de fondos propios entre los miembros del sistema institucional de protección.

i) que el sistema institucional de protección se base en una amplia participación de entidades de crédito con un perfil de actividades predominantemente homogéneo; y

j) que la adecuación de los sistemas a los que se hace referencia en la letra d) deba ser aprobada y comprobada a intervalos regulares por las autoridades competentes;

En ese caso se asignará una ponderación de riesgo del 0 por 100.

(2) *Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero*

Artículo 26

(...)

7. Con excepción de las exposiciones que dan lugar a pasivos en forma de los elementos contemplados en las letras a) a j) del artículo 12.1 (elementos que integran los recursos propios), las entidades de crédito podrán asignar una ponderación de riesgo del 0 por ciento a las exposiciones frente a contrapartes que pertenezcan al mismo sistema institucional de protección que la entidad de crédito acreedora, a condición de que, a juicio del Banco de España, se cumplan las condiciones siguientes:

a) la contraparte será una entidad de crédito, una sociedad financiera de cartera, una entidad financiera, una empresa de gestión de activos o empresa de servicios auxiliares sujeta a los requisitos prudenciales apropiados y establecida en el mismo Estado miembro;

b) que la entidad de crédito y la contraparte hayan llegado a un acuerdo contractual o legal de responsabilidades que incluya a la entidad de crédito y a la contraparte que proteja a dichas instituciones y, en particular, que garantice su liquidez y solvencia a fin de evitar la quiebra cuando resulte necesario, denominado, en lo sucesivo, «sistema institucional de protección»;

c) que los acuerdos garanticen que el sistema institucional de protección podrá otorgar el apoyo necesario con arreglo a su cometido, con cargo a fondos disponibles para ello de forma inmediata;

d) que el sistema institucional de protección cuente con mecanismos adecuados y establecidos de manera uniforme para el seguimiento y la clasificación de riesgos, que ofrezcan una visión exhaustiva de la situación de riesgo de cada miembro y del sistema institucional de protección en su conjunto, con las correspondientes posibilidades de sometimiento a influencia; dichos sistemas controlarán adecuadamente las exposiciones que se consideren en situación de impago;

e) que el sistema institucional de protección efectúe su propia evaluación de riesgos y la comunique a sus miembros;

f) que el sistema institucional de protección elabore y publique una vez al año ya sea un informe consolidado que comprenda el balance, la cuenta de beneficios y pérdidas, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema institucional de protección en conjunto, ya sea un informe que comprenda el balance agregado, la cuenta agregada de beneficios y pérdidas, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema institucional de protección en conjunto;

g) que los miembros del sistema institucional de protección que deseen dejarlo estén obligados a notificarlo con una antelación de, al menos, 24 meses;

h) que se elimine la utilización múltiple de elementos admisibles para el cálculo de los fondos propios, así como cualquier constitución inapropiada de fondos propios entre los miembros del sistema institucional de protección; y,

i) que el sistema institucional de protección se base en una amplia participación de entidades de crédito con un perfil de actividades predominantemente homogéneo.

El Banco de España podrá, además, exigir que las entidades acogidas al mismo sistema institucional de protección queden vinculadas a las instrucciones que los organismos de gestión del mismo puedan establecer en orden a asegurar la solvencia y liquidez del sistema.

(3) *Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo*

Norma Decimoquinta

(...)

5. Asimismo, y con igual excepción a la prevista en el último párrafo del apartado anterior, las entidades de crédito podrán aplicar una ponderación de riesgo del 0 por 100 a sus exposiciones frente a contrapartes que pertenezcan al mismo sistema institucional de protección que la entidad de crédito acreedora, siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

a) Que el sistema institucional de protección, sea a través de un acuerdo contractual o a través de un régimen legal de asignación de responsabilidades, las incluya y proteja y, en particular, garantice su liquidez y su solvencia cuando resulte necesario, a fin de evitar una situación concursal.

b) Que la contraparte sea una institución o una sociedad financiera de cartera, una entidad financiera, una empresa de gestión de activos o una empresa instrumental (tal y como se define en el apartado 1 de la NORMA SEGUNDA) sujeta a los requisitos prudenciales apropiados, esté establecida en España y siempre que pueda acreditarse que no existe impedimento material o jurídico alguno al reembolso de fondos a las entidades de crédito integradas en el citado sistema.

c) Que el sistema pueda otorgar el apoyo necesario con arreglo a su cometido, con cargo a fondos disponibles para ello de forma inmediata.

d) Que el sistema cuente con mecanismos adecuados, establecidos de manera uniforme para el seguimiento y la clasificación de los riesgos, que ofrezcan una visión exhaustiva de la situación de riesgo

de todos los miembros individuales y del sistema en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades de vinculación entre las diferentes exposiciones. Además, el sistema debe controlar de manera específica y adecuadamente las exposiciones en situación de incumplimiento.

e) Que el sistema efectúe su propia evaluación de riesgos y la comunique a sus miembros.

f) Que el sistema elabore y publique una vez al año, ya sea un informe consolidado que comprenda el balance, la cuenta de resultados, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema en su conjunto, ya un informe que comprenda el balance agregado, la cuenta agregada de resultados, el informe de situación y el informe de riesgos del sistema en su conjunto.

g) Que los miembros del sistema que deseen abandonarlo estén obligados a notificarlo con una antelación de al menos 24 meses.

h) Que se elimine la utilización múltiple de los elementos admisibles para el cálculo de los recursos propios, así como cualquier constitución inapropiada de recursos propios entre los miembros del sistema. A estos efectos, el sistema deberá contar con mecanismos de medición consolidada de sus recursos propios que permitan una evaluación de la adecuación de la solvencia que ofrece el sistema.

i) Que el sistema se base en una amplia participación de entidades de crédito con un perfil de negocio predominantemente homogéneo.

El Banco de España verificará, a solicitud de al menos dos tercios de las entidades que integren dichos sistemas, el cumplimiento de los requisitos anteriores y podrá condicionar la autorización de la aplicación de la ponderación del 0 por 100 indicada, a que las entidades acogidas al sistema queden vinculadas entre sí por las instrucciones vinculantes de los organismos de gestión del propio sistema a efectos de asegurar la liquidez y solvencia del mismo. Si la solicitud no ha sido resuelta transcurridos tres meses desde su presentación completa, las entidades podrán aplicar la ponderación indicada en este apartado a las demás entidades solicitantes.

(4) Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito:

.....

El título II de este Real Decreto-ley se ocupa del denominado reforzamiento de los recursos propios por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

Además de la función relativa a los procesos de reestructuración de entidades de crédito, este Real Decreto-ley prevé también la posibilidad de que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria apoye procesos de integración entre entidades de crédito dirigidos a mejorar su eficiencia a medio plazo. La capitalización transitoria de entidades de crédito que, sin encontrarse en una situación que exija llevar a cabo un proceso de reestructuración como los descritos anteriormente, inicien un proceso de integración se hace necesaria en un contexto como el actual, caracterizado por la considerable dificultad de obtener recursos propios en los mercados mayoristas lo que puede obstaculizar la acometida de operaciones que podrían suponer un avance en la racionalización de la estructura productiva bancaria y en el grado de eficiencia de la misma lo que contribuiría, en definitiva, a incrementar la fortaleza y solvencia del sistema en su conjunto. **Tales procesos pueden incluir, entre otros los denominados sistemas institucionales de protección cuyos objetivos resulten asimilables a los generados en un proceso de fusión en lo relativo a la forma de operar, la determinación y ejecución de las políticas y estrategias de las entidades participantes y el establecimiento y ejercicio de sus controles internos y de gestión de riesgos.**

(5) Los retos de las cajas de ahorros tras la reforma de su regulación, informe del Centro del Sector Financiero de PwC y la IE Business School, Madrid, 2010.

(6) Artículo 25 del Real Decreto-Ley 6/2010. Régimen jurídico de los sistemas institucionales de protección a efectos de su consideración como grupos consolidables de entidades de crédito

Se añade una nueva letra d al apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, con la siguiente redacción:

d. Que a través de un acuerdo contractual varias entidades de crédito integren un sistema institucional de protección que cumpla con los siguientes requisitos:

i. Que exista una entidad central que determine con carácter vinculante sus políticas y estrategias de negocio, así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos. Esta entidad central será la responsable de cumplir los requerimientos regulatorios en base consolidada del sistema institucional de protección.

ii. Que la citada entidad central sea una de las entidades de crédito integrantes del sistema institucional de protección u otra entidad de crédito participada por todas ellas y que formará asimismo parte del sistema.

iii. Que el acuerdo contractual que constituye el sistema institucional de protección contenga un compromiso mutuo de solvencia y liquidez entre las entidades integrantes del sistema, que alcance como mínimo el 40 por 100 de los recursos propios computables de cada una de ellas, en lo que se refiere al apoyo de solvencia. El compromiso de apoyo mutuo incluirá las previsiones necesarias para que el apoyo entre sus integrantes se lleve a cabo a través de fondos inmediatamente disponibles.

iv. Que las entidades integrantes del sistema institucional de protección pongan en común una parte significativa de sus resultados, que suponga al menos el 40 por 100 de los mismos y que deberá ser distribuida de manera proporcional a la participación de cada una de ellas en el sistema.

v. Que el acuerdo contractual establezca que las entidades deberán permanecer en el sistema un periodo mínimo de 10 años, debiendo preavisar con, al menos, dos años de antelación su deseo de abandonar el mismo transcurrido aquel período. Adicionalmente, el acuerdo deberá incluir un régimen de penalizaciones por baja que refuerce la permanencia y estabilidad de las entidades en el sistema institucional de protección.

vi. Que, a juicio del Banco de España, se cumplan los requisitos previstos en la normativa vigente sobre recursos propios de las entidades financieras para asignar una ponderación de riesgo del 0 por 100 a las exposiciones que tengan entre sí los integrantes del sistema institucional de protección.

Corresponderá al Banco de España la comprobación de los requisitos anteriores a los efectos de lo previsto en este artículo.

Cuando la entidad de crédito que tenga la consideración de entidad central dentro de un sistema institucional de protección sea de naturaleza distinta al resto de las entidades integradas en el mismo y se encuentre participada por todas ellas, se adherirá al Fondo de Garantía de Depósitos al que pertenezcan estas últimas.

Las entidades de crédito que se vayan a integrar en un sistema institucional de protección podrán instar al Banco de España que solicite informe a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, en el ámbito de interpretación de la normativa tributaria estatal, sobre las consecuencias tributarias de la integración, con el objetivo de asegurar la neutralidad fiscal de la operación.

El informe se emitirá en el plazo máximo de un mes sobre la base de la concurrencia de los requisitos ya comprobados por el Banco de España y tendrá efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos.

(7) Capítulo VIII del título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que regula el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un estado miembro a otro de la Unión Europea, completado por lo que se refiere a otras figuras tributarias por la disposición adicional segunda del mismo texto refundido.

(8) Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

(9) Las resoluciones vinculantes de la Dirección General de Tributos V2510-09, de 13 de noviembre, y V2730-09, de 10 de diciembre, esta última a consulta formulada por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, aclaran que «las operaciones de fusión mediante la creación de una nueva entidad con forma de Caja de Ahorros o mediante absorción de una Caja de Ahorros por otra, son operaciones de las que se definen en el artículo 83.1 del TRLIS, por lo que puede aplicarse a dichas operaciones el régimen especial del Impuesto sobre Sociedades y, por ende, la no sujeción a la modalidad de operaciones societarias y la exención prevista en la normativa del ITPAJD al tener la consideración de operación de reestructuración, a efectos de lo dispuesto en los artículos 19.2.1º y 21 del TRLITPAJD».

(10) A partir de 3 de diciembre de 2010, en virtud de lo establecido por el artículo 3 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, quedan exentos «La constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otra estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea», con lo que la constitución o ampliación de capital de la entidad central quedaría también exenta, pero esta medida no estaba vigente en julio 2010, cuando se analiza la creación de los SIP de cajas de ahorros, por lo que esta tributación se consideraba un obstáculo a estas integraciones.

(11) Artículos 16 a 21 bis del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado mediante Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio.

(12) *Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio*

El título V recoge la normativa fiscal especial aplicable a las entidades resultantes de los procesos de reestructuración ya iniciados, lo que justifica el carácter de urgencia de esta norma. Además se recoge la normativa fiscal especial derivada de los nuevos modelos jurídicos contemplados en este Real Decreto-ley.

En materia del Impuesto sobre Sociedades se establece la aplicación del régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, para las transmisiones de activos y pasivos que se realicen en el marco de esas reestructuraciones, lo cual permite, entre otros efectos, diferir la tributación de las rentas que se pongan de manifiesto en esas transmisiones por aplicación de dicho régimen fiscal especial, aun cuando las operaciones realizadas no se correspondan con las tipificadas en dicho régimen siempre que produzcan unos resultados económicos equivalentes.

Igualmente se extiende el régimen de diferimiento en dicho impuesto a las rentas que se generen en las transmisiones de activos y pasivos realizadas en el marco del cumplimiento de los acuerdos de un sistema institucional de protección, mediante el intercambio de dichos activos o pasivos entre las entidades de crédito integrantes de cada sistema institucional de protección, a condición de que cada entidad adquirente valore, a efectos fiscales, los elementos adquiridos por el mismo valor que estos últimos tuviesen en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la transmisión, teniéndose en cuenta

dicha valoración para determinar las rentas que los citados elementos puedan generar con posterioridad.

En relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al preverse en este Real Decreto-ley la aplicación del régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, incluidos sus efectos en los demás tributos que se remiten en su normativa a dicho régimen fiscal, tanto a los procedimientos de reestructuración financiera realizados mediante la constitución de sistemas de protección integral, como a los gestionados por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, siempre que se produzcan efectos económicos equivalentes a las reestructuraciones empresariales expresamente reguladas en dicho capítulo, el mencionado régimen especial también surtirá efectos con carácter general en relación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Para reforzar la seguridad jurídica de las operaciones de reestructuración, se establece la posibilidad de que se solicite informe a la Dirección General de Tributos sobre el cumplimiento de la equivalencia de los resultados económicos de las operaciones realizadas respecto de las tipificadas en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, así como sobre las consecuencias tributarias de dichas operaciones con el objetivo de asegurar la neutralidad fiscal de las mismas.

Por otra parte, en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto General Indirecto Canario, dado que el régimen especial del grupo de entidades, en vigor desde el 1 de enero de 2008, no resulta aplicable tal y como está definido en la actualidad a las entidades que se estructuran en torno a la creación de un sistema institucional de protección al no existir una relación de intercapitalización que permita la formación del perímetro subjetivo del grupo, resulta necesario para que este régimen sea de aplicación adaptar los requerimientos legales que, a efectos de ambos tributos, permiten definir a la entidad dominante y a sus dependientes en el seno del sistema, tarea que aborda el presente Real Decreto-ley, fijando asimismo los plazos para la opción por el referido régimen especial.

También se realizan las modificaciones legales oportunas para garantizar la neutralidad fiscal en el tratamiento tributario de la Obra Social con independencia del modelo de organización que se adopte por las cajas de ahorros.

(13) *Artículo 7 del Real Decreto-ley 11/2010. Régimen fiscal*

1. El régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, incluidos sus efectos en los demás tributos que se remiten a tal régimen fiscal, se aplicará a las siguientes transmisiones de activos y pasivos, aun cuando no se correspondan con las operaciones mencionadas en el artículo 83 y 94 de dicha Ley siempre que produzcan resultados económicos equivalentes:

a) Las realizadas para la constitución y ampliación de un sistema institucional de protección a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

b) Las realizadas en procesos de reestructuración de entidades de crédito con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de julio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

2. Podrán no integrarse en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las rentas generadas en las transmisiones de elementos patrimoniales, consecuencia de un intercambio de activos y pasivos, realizadas entre entidades de crédito en cumplimiento de los acuerdos de un sistema institucional de protección a que se refiere la letra

a) del apartado anterior, a condición de que cada entidad adquirente valore, a efectos fiscales, los elementos adquiridos por el mismo valor que estos últimos tuviesen en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la transmisión, teniéndose en cuenta dicha valoración para determinar las rentas asociadas a esos elementos que se generen con posterioridad.

3. La entidad de crédito a través de la cual se articule un sistema institucional de protección con las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, estará exenta por la constitución de sociedades, así como por los aumentos de su capital social y aportaciones, suscritos o realizadas por las entidades agrupadas, siempre que se encuentren previstos en el acuerdo contractual de integración del sistema institucional de protección y, en su caso, en el plan de integración, de la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como para los actos y documentos necesarios para la formalización de dichas operaciones. De igual modo estarán exentas de la modalidad de Operaciones Societarias las operaciones que se realicen como consecuencia de los procesos de reestructuración con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Asimismo estarán exentos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados los acuerdos contractuales a través de los cuales se establezcan entre las entidades integrantes del sistema institucional de protección los compromisos mutuos de solvencia, liquidez y puesta en común de resultados a los que se refiere la mencionada letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, así como los documentos en los que aquéllos se formalicen.

4. Las entidades de crédito que participen en las operaciones reguladas en el presente Real Decreto-ley podrán instar al Banco de España o al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que solicite informe a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, en el ámbito de interpretación de la normativa tributaria estatal, sobre la concurrencia del requisito de equivalencia de los resultados económicos a que se refiere el apartado 1 de este artículo, así como sobre cualesquiera otras consecuencias tributarias que se deriven de dichas operaciones.

El informe se emitirá en el plazo máximo de un mes, y tendrá efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos.

5. El régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo IX del Título IX de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, podrá ser aplicado por los empresarios y profesionales que integren un sistema institucional de protección en las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

A estos efectos, se considerará como dominante la entidad central que determine con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos del sistema institucional de protección.

Se considerarán dependientes las entidades que pertenezcan a dicho sistema institucional de protección, así como aquéllas en las que las mismas mantengan una participación, directa o indirecta, de más del 50 por 100 de su capital.

La entidad dominante y sus dependientes deberán estar establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto.

La opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses posteriores a la comprobación por el Banco de España a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo

8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo. No obstante, si la comprobación por el Banco de España ya se hubiera realizado a la entrada en vigor de este artículo, la opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses siguientes a dicha entrada en vigor.

Una vez ejercitada la opción, el régimen especial tendrá efectos desde el periodo de liquidación del Impuesto que corresponda a la fecha en que la misma sea comunicada a la Administración tributaria.

A los grupos de entidades a que se refiere este apartado no les resultarán de aplicación los requisitos establecidos en el artículo 163 quinquies de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

6. El régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo VIII del Título III de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, podrá ser aplicado por los empresarios y profesionales que integren un sistema institucional de protección en las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

A estos efectos, se considerará como dominante la entidad central que determine con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos del sistema institucional de protección.

Se considerarán dependientes las entidades que pertenezcan a dicho sistema institucional de protección, así como aquéllas en las que las mismas mantengan una participación, directa o indirecta, de más del 50 por 100 de su capital.

La entidad dominante y sus dependientes deberán estar establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto.

La opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses posteriores a la comprobación por el Banco de España a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. No obstante, si la comprobación por el Banco de España ya se hubiera realizado a la entrada en vigor de este artículo, la opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses siguientes a dicha entrada en vigor.

Una vez ejercitada la opción, el régimen especial tendrá efectos desde el periodo de liquidación del Impuesto que corresponda a la fecha en que la misma sea comunicada a la Administración tributaria.

A los grupos de entidades a que se refiere este apartado no les resultarán de aplicación los requisitos establecidos en el artículo 58 quáter de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

7. En el caso de ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de este Real Decreto-ley, la caja de ahorros y la entidad de crédito a la que aquella aporte todo su negocio financiero podrán aplicar el régimen de consolidación fiscal regulado en el capítulo VII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para ello en el artículo 67 de dicha Ley. En caso de no aplicar el régimen de consolidación fiscal, las entidades aplicarán el régimen general del impuesto sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

8. La dotación a la obra social realizada por las cajas acogidas a lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, podrá reducir la base imponible del banco en el caso de ejercicio indirecto de la actividad financiera sin aplicar el régimen de consolidación o de la entidad cen-

tral del sistema institucional de protección, en la proporción que los dividendos percibidos del citado banco o entidad central representen sobre los ingresos totales de la caja, en los términos previstos en el artículo 24 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, hasta el límite máximo del importe de los citados dividendos. Para ello la caja deberá comunicar al banco o entidad central que haya satisfecho los dividendos el importe de la reducción así calculada y su renuncia a aplicar lo dispuesto en el citado artículo 24 por el importe de la mencionada reducción, sin perjuicio de que la caja continúe estando obligada a aplicar las cantidades asignadas a la obra benéfico-social en las condiciones establecidas en dicho artículo, cuyo incumplimiento, en su caso, deberá también comunicarse al banco o entidad central al objeto de que se realice la regularización de las cantidades deducidas en los términos establecidos en el artículo 137.3 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

9. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra.

(14) Éste es el criterio manifestado por la Dirección General de Tributos en los informes vinculantes emitidos a instancias de las entidades integradas a través de los SIP de cajas de ahorros que hasta el momento se encuentran constituidos.

(15) No obstante, en la actualidad estas ampliaciones de capital destinadas al mercado gozarían de la exención introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que se ha citado anteriormente.

(16) La totalidad de las integraciones de cajas de ahorros que se han realizado a través de SIP en los últimos meses, bien mutualizan sus resultados al 100 por 100, bien han aportado a la entidad central del SIP el 100 por 100 de los activos y pasivos correspondientes a su actividad. En todos estos casos, las cajas integradas carecen de resultados contables por conceptos distintos de dividendos con derecho a deducción del 100 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades, principalmente los que reciben de la entidad central como consecuencia de la participación que ostentan en la misma, y cuyo destino es proporcionar a la caja de los beneficios precisos para dotar anualmente su Fondo de Obra Social.

(17) Aunque subsista su personalidad jurídica, y consecuentemente la condición nominal de obligado tributario, no puede decirse con propiedad que las cajas integradas en un SIP que mutualice al 100 por 100 los resultados, sean «contribuyentes», puesto que carecen de capacidad contributiva, al no generar en lo sucesivo rentas distintas de los dividendos de la entidad central, que no tributarán por aplicación de la deducción por dividendos al 100 por 100 a la que tienen derecho.

(18) *Disposición final primera del Real Decreto-ley 2/2011. Modificación del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*

Uno. Con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, se modifica el artículo 67 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactado de la siguiente forma:

« Artículo 67. Definición del grupo fiscal. Sociedad dominante. Sociedades dependientes.

1. Se entenderá por grupo fiscal el conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, así como las entidades de crédito a que se refiere el apartado 3 de este artículo, residentes en territorio español formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de ésta.

2. Se entenderá por sociedad dominante aquella que cumpla los requisitos siguientes:

a) Tener alguna de las formas jurídicas establecidas en el apartado anterior o, en su defecto, tener personalidad jurídica y estar sujeta y no exenta al Impuesto sobre Sociedades. Los establecimientos permanentes de entidades no residentes situados en territorio español podrán ser considerados sociedades dominantes respecto de las sociedades cuyas participaciones estén afectas al mismo.

b) Que tenga una participación, directa o indirecta, al menos, del 75 por 100 del capital social de otra u otras sociedades el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación, o de, al menos, el 70 por 100 del capital social, si se trata de sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado. Este último porcentaje también será aplicable cuando se tengan participaciones indirectas en otras sociedades siempre que se alcance dicho porcentaje a través de sociedades dependientes cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado.

c) Que dicha participación se mantenga durante todo el período impositivo.

El requisito de mantenimiento de la participación durante todo el período impositivo no será exigible en el supuesto de disolución de la entidad participada.

d) Que no sea dependiente de ninguna otra residente en territorio español, que reúna los requisitos para ser considerada como dominante.

e) Que no esté sometida al régimen especial de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas.

f) Que, tratándose de establecimientos permanentes de entidades no residentes en territorio español, dichas entidades no sean dependientes de ninguna otra residente en territorio español que reúna los requisitos para ser considerada como dominante y residan en un país o territorio con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información.

3. Se entenderá por sociedad dependiente aquella sobre la que la sociedad dominante posea una participación que reúna los requisitos contenidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior.

También tendrán esta misma consideración las entidades de crédito integradas en un sistema institucional de protección a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de información de los Intermediarios Financieros, siempre que la entidad central del sistema forme parte del grupo fiscal y sea del 100 por 100 la puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del sistema y que el compromiso mutuo de solvencia y liquidez entre dichas entidades alcance el 100 por 100 de los recursos propios computables de cada una de ellas. Se considerarán cumplidos tales requisitos en aquellos sistemas institucionales de protección a través de cuya entidad central, de manera directa o indirecta, varias cajas de ahorros de forma concertada ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito, conforme se dispone en el apartado 4 del artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

4. No podrán formar parte de los grupos fiscales las entidades en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que estén exentas de este impuesto.

b) Que al cierre del período impositivo se encuentren en situación de concurso, o incursas en la situación patrimonial prevista en el artículo 260.1.4 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas,

aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aun cuando no tuvieran la forma de sociedades anónimas, a menos que con anterioridad a la conclusión del ejercicio en el que se aprueban las cuentas anuales esta última situación hubiese sido supe-
rada.

c) Las sociedades dependientes que estén sujetas al Impuesto sobre Sociedades a un tipo de gravamen diferente al de la sociedad dominante.

d) Las sociedades dependientes cuya participación se alcance a través de otra sociedad que no reúna los requisitos establecidos para formar parte del grupo fiscal.

e) Las sociedades dependientes cuyo ejercicio social, determinado por imperativo legal, no pueda adaptarse al de la sociedad dominante.

5. El grupo fiscal se extinguirá cuando la sociedad dominante pierda dicho carácter. »

Dos. Con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, se añade la disposición transitoria trigésimo tercera al texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactada de la siguiente forma:

« Disposición transitoria trigésimo tercera. Régimen de consolidación fiscal de los grupos formados por entidades de crédito integrantes de un sistema institucional de protección y de los grupos resultantes del ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros.

1. A efectos de la aplicación del régimen de consolidación fiscal establecido en el capítulo VII del título VII de esta Ley, en la constitución de grupos cuya sociedad dominante sea la entidad central de un sistema institucional de protección a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de información de los Intermediarios Financieros, se tendrán en consideración las siguientes especialidades:

a) Podrá aplicarse dicho régimen desde el inicio del período impositivo correspondiente al ejercicio 2011 o, de ser posterior, desde el inicio del período impositivo en que se constituya el sistema institucional de protección. La opción y comunicación por la aplicación de dicho régimen, a que se refiere el artículo 70 de esta Ley, se realizará dentro del plazo que finaliza el día en que concluya dicho período impositivo.

Se incluirán en el grupo en ese mismo período impositivo las sociedades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 67.2.a) de esta Ley, cuyas participaciones representativas de su capital social se hubiesen aportado a la entidad central en cumplimiento del plan de integración del sistema y dicha entidad mantenga la participación hasta la conclusión de ese período impositivo, a través de operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta Ley o al régimen establecido en el artículo 7.1 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, y tuviesen la consideración de sociedades dependientes de la entidad de crédito aportante, como consecuencia de que esta última entidad tributaba en este régimen especial como sociedad dominante.

b) Cuando las entidades de crédito que se integran como sociedades dependientes en el grupo fiscal cuya dominante es la entidad central, estuviesen tributando en el régimen de consolidación fiscal como dominantes, aun cuando se extingan esos grupos, no se incorporarán las eliminaciones a que se refiere la letra a) del artículo 81.1 de esta Ley, que se correspondan con operaciones realizadas por entidades que se integran en aquél otro grupo fiscal como sociedades dependientes. Los resultados eliminados se incorporarán a la

base imponible de ese otro grupo fiscal en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley.

c) Las bases imponibles negativas pendientes de compensar por las entidades de crédito que cumplan las condiciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 67 de esta Ley, que se integran como sociedades dependientes en el grupo fiscal cuya dominante es la entidad central, podrán ser compensadas en la base imponible del grupo, en los términos establecidos en el artículo 74.2 de esta Ley, con el límite de la base imponible individual de la entidad central o de la entidad bancaria a la que, a su vez, la entidad central haya aportado todo su negocio financiero, a condición de que las cajas de ahorros y, en su caso, la entidad central, con posterioridad a la aportación, no desarrollen actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la entidad central, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

d) Las deducciones en la cuota pendientes de aplicar por las entidades de crédito que cumplan las condiciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 67 de esta Ley, que se integran como sociedades dependientes en el grupo fiscal cuya dominante es la entidad central, podrán deducirse en la cuota íntegra de ese grupo fiscal con el límite que hubiese correspondido en el régimen individual de tributación a la entidad central o a la entidad bancaria a la que, a su vez, la entidad central haya aportado todo su negocio financiero, a condición de que las cajas de ahorros y, en su caso, la entidad central, con posterioridad a la aportación, no desarrollen actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la entidad central, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

e) Cuando se transmitan activos y pasivos a la entidad central por parte de las entidades de crédito como sociedades dependientes del grupo cuya dominante es la entidad central, como consecuencia de la constitución y ampliación del sistema institucional de protección, habiéndose realizado esa transmisión mediante operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII de esta Ley o al régimen establecido en el artículo 7.1 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, las rentas generadas con anterioridad a dicha transmisión imputables a esos activos y pasivos, se imputarán a la entidad central de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles.

Lo establecido en las letras c) y d) anteriores también será de aplicación en el caso de que con posterioridad a la constitución del sistema institucional de protección, la entidad central pase a tener la consideración de dependiente de otro grupo que tribute en el régimen de consolidación fiscal.

2. A efectos de la aplicación tanto del régimen fiscal establecido en el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, como del régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII de esta Ley al que se hayan acogido transmisiones de activos y pasivos realizadas entre entidades de crédito en cumplimiento de los acuerdos de un sistema institucional de protección, la no inte-

gración de rentas a que se refieren ambos regímenes fiscales incluirá, en su caso, las eliminaciones que tuviesen que ser incorporadas en la base imponible del grupo fiscal consecuencia de aquellas transmisiones, en el supuesto de que esos activos y pasivos formen parte del patrimonio de entidades integrantes de un grupo que estuviese tributando según el régimen de consolidación fiscal.

3. En el caso de ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, la caja de ahorros y la entidad bancaria a la que aquella aporte todo su negocio financiero, podrán aplicar el régimen de consolidación fiscal regulado en el capítulo VII del título VII de esta Ley desde el inicio del período impositivo correspondiente al ejercicio en el que se realice dicha aportación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para ello en el artículo 67 de esta Ley. La opción y comunicación por la aplicación de dicho régimen, a que se refiere el artículo 70 de esta Ley, se realizará dentro del plazo que finaliza el día en que concluya dicho período impositivo.

En la aplicación de dicho régimen se tendrán en consideración las siguientes especialidades:

a) Se incluirán en el grupo en ese mismo período impositivo las sociedades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 67.2.a) de esta Ley, cuyas participaciones representativas de su capital social se hubiesen aportado a la entidad bancaria y esta entidad mantenga la participación hasta la conclusión de ese período impositivo, a través de operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta Ley, y tuviesen la consideración de sociedades dependientes de la caja de ahorros aportante, como consecuencia de que esta última entidad tributaba en este régimen especial como sociedad dominante.

b) Las bases imponibles negativas pendientes de compensar por la caja de ahorros aportante, estuviese o no tributando en el régimen de consolidación fiscal como dominante, podrán ser compensadas en la base imponible del grupo, con el límite de la base imponible individual de la entidad bancaria, en los términos establecidos en el artículo 74.2 de esta Ley, a condición de que la caja de ahorros, con posterioridad a la aportación, no desarrolle actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la caja de ahorros, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

c) Las deducciones en la cuota pendientes de aplicar por la caja de ahorros aportante, estuviese o no tributando en el régimen de consolidación fiscal como dominante, podrán deducirse en la cuota íntegra de ese grupo fiscal con el límite que hubiese correspondido a la entidad bancaria en el régimen individual de tributación, a condición de que la caja de ahorros, con posterioridad a la aportación, no desarrolle actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la caja de ahorros, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

d) Cuando la aportación de la totalidad del negocio financiero se realice mediante operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII de esta Ley, las rentas generadas con

anterioridad a dicha aportación imputables a esos activos y pasivos, se imputarán a la entidad bancaria de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles.

4. Cuando, en el caso de los grupos a que se refieren los apartados 1 y 3 anteriores que estuviesen tributando en el régimen de consolidación fiscal, quedase excluida de los mismos la entidad bancaria mediante la cual las cajas de ahorros realizasen el ejercicio indirecto de su actividad financiera o a la que hubiesen aportado todo su negocio financiero, incluso en los supuestos de extinción del referido grupo fiscal, lo establecido en la letra a) del artículo 81.1 de esta Ley se aplicará con las siguientes especialidades:

a) Si la entidad bancaria a través de la cual las cajas de ahorros realizasen el ejercicio indirecto de su actividad financiera o a la que hubiesen aportado todo su negocio financiero, mantuviera participaciones en entidades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 67.3 de esta Ley, dicha entidad bancaria y sus participadas que reúnan los requisitos para ello podrán aplicar el régimen de consolidación fiscal desde el inicio del período impositivo en que tenga lugar dicha exclusión. La opción y comunicación por la aplicación de dicho régimen, a que se refiere el artículo 70 de esta Ley, se realizará dentro del plazo que finaliza el día en que concluya dicho período impositivo. En tal caso, los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible de ese otro grupo fiscal en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley, siempre que se integren en dicho grupo las entidades que hayan intervenido en las operaciones que hayan generado tales resultados.

b) Cuando se cumpla lo establecido en la letra a) anterior, pero no se integren en dicho grupo alguna de las entidades que hayan intervenido en las operaciones que hayan generado los resultados eliminados, tales resultados se incorporarán en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley, en la base imponible del grupo persistente en el que se generó la renta que fue, en su momento, objeto de la eliminación, a condición de que tanto la otra entidad que no forma parte del grupo fiscal al que pertenezca la entidad bancaria, como esta última entidad formen parte de un mismo grupo a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio en el que la dominante sea la entidad central de un sistema institucional de protección o la caja de ahorros que, en ambos casos, hayan aportado todo su negocio financiero a la entidad bancaria. »

Tres. Con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2010, se añade la disposición transitoria trigésimo cuarta al texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactada de la siguiente forma:

« Disposición transitoria trigésimo cuarta. Régimen fiscal en el ejercicio 2010 de las entidades de crédito integrantes de un sistema institucional de protección.

A los solos efectos de determinar la base imponible del período impositivo correspondiente al ejercicio 2010 de las cajas de ahorros y de la entidad central integrantes de un sistema institucional de protección que se haya constituido en dicho ejercicio, en los términos establecidos en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de información de los Intermediarios Financieros, siempre que sea del 100 por 100 la puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del sistema y que el compromiso mutuo de solvencia y liquidez entre dichas entidades alcance el 100 por 100 de los recursos propios computables de cada una de ellas, no tendrán la consideración de gasto deducible y de ingreso computable, según proceda, en las cajas de ahorros y en la entidad central, aquellos gastos e ingresos contabilizados por esas entidades como consecuencia de la puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del sistema. »

(19) Véase disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 2/2011.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGES, ÁNGEL, y VALERO, FRANCISCO JOSÉ (2010), «Los sistemas institucionales de protección. Experiencia reciente», *Perspectivas del Sistema Financiero*, n.º 99: 59-68.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL (2010), «El sistema institucional de protección», en *Las reestructuraciones empresariales y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch: 373-387.
- GÓMEZ-JORDANA, IÑIGO (2010), «Sistemas institucionales de protección (SIP): Algunas consideraciones preliminares», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 120, octubre-diciembre: 233-248.
- Los retos de las cajas de ahorros tras la reforma de su regulación*, informe del Centro del Sector Financiero de PwC y la IE Business School, Madrid, 2010.
- MÍNGUEZ HERNÁNDEZ, FERNANDO (2010), «Estructuras de integración contractuales entre entidades de Crédito: los denominados sistemas institucionales de protección. Situación tras los reales decretos-leyes 6/2010, de 9 de abril y 11/2010, de 9 de julio», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 7, Sección Estudios, Editorial LA LEY.

Régimen fiscal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Análisis de la divergencia entre la categorización tributaria procedente del Derecho Comunitario y la recientemente reformada categorización mercantil

David Pérez Bustamante

I. INTRODUCCIÓN

1. Modificaciones estructurales. Perspectiva mercantil

Hace dos años que entró en vigor la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (la Ley de Modificaciones Estructurales).

Esta Ley, con el pretexto de transponer al derecho interno la Directiva 2005/26, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital, ha abordado una tarea bastante más ambiciosa. La norma no solamente toma en consideración la Directiva 2005/26, sino también otras directivas comunitarias de carácter mercantil, entre las que destacan la 3ª, 6ª y 10ª, con el objeto de disciplinar íntegramente el régimen jurídico de las denominadas modificaciones estructurales, independientemente de la existencia o no de elementos transfronterizos.

De acuerdo con su preámbulo, la Ley de Modificaciones Estructurales pretende unificar y ampliar el régimen jurídico de las alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión, cesión global de activo y pasivo, así como el traslado internacional del domicilio social (1).

En consecuencia, la importancia de esta norma no puede obviarse; es claramente una de las normas más importantes de esta última década en esta materia, y

supone una modernización y actualización del ordenamiento jurídico español (2).

Dentro de las novedades que aporta la norma, merece la pena destacar en primer lugar la unificación del régimen de *transformación* de sociedades mercantiles, ahora único para sociedades anónimas y limitadas, ampliando asimismo las posibilidades de transformación existentes. Dentro de las fusiones, destaca la regulación específica de la absorción de la sociedad íntegramente participada, de la sociedad participada al 90 por 100 y de la extinción de una sociedad con transmisión en bloque de su patrimonio a la sociedad que posee sus títulos.

Dentro de las escisiones, sobresale la regulación de la segregación, así como la aplicación de las normas de la escisión a la operación por la que una sociedad transmite en bloque una parte del patrimonio social a otra de nueva creación, recibiendo directamente a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de esa sociedad. Finalmente, se incorpora como modificación estructural la figura de la cesión global de activo y pasivo, no circunscrita a la operación propia del ámbito de la liquidación, permitiendo la norma que una sociedad transmita en bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación, que lógicamente no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario, ya que en este caso estaríamos hablando de una modificación estructural diferente.

La evolución de la regulación de las modificaciones estructurales en España ha seguido un esquema simi-

lar al desarrollado en otros países europeos: una primera fase en la que estas modificaciones se regulan a través de referencias aisladas (3), una segunda fase, en la que nos encontrábamos antes de esta nueva ley, en la que cada tipo social tiene sus propias normas de modificaciones estructurales y, finalmente, una normativa completa, fase iniciada el pasado año. El legislador español no solamente ha utilizado las directrices proporcionadas por la normativa comunitaria, sino que ha seguido un esquema similar al seguido por otros países europeos en esta materia.

Quedando clara la importancia de esta ley, no obstante, coincidimos con el profesor Vicent Chuliá cuando considera que la ley es un hito, pero también una ocasión desaprovechada, que ni ha desbrozado todos los caminos ni ha llegado hasta el final, dejando al descubierto omisiones y suscitando dudas interpretativas (4).

Ya centrándonos en la perspectiva fiscal, como viene siendo habitual en la tradición mercantil, la Ley de Modificaciones Estructurales no contiene la regulación del régimen fiscal aplicable a las operaciones que regula, siendo necesario, en consecuencia, acudir a la correspondiente normativa tributaria.

Consideramos que el legislador podría haber armonizado las categorías previstas en la normativa mercantil con las categorías existentes en la normativa tributaria o, al menos, haber aclarado las dudas que se suscitan como consecuencia de la heterogeneidad conceptual existente entre ambas normas.

No puede obviarse que la aplicación del régimen de neutralidad fiscal establecido por la normativa comunitaria y transpuesto por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley del Impuesto sobre Sociedades) al régimen jurídico español, es indispensable desde la perspectiva práctica para permitir la ejecución de un gran número de operaciones de reestructuración empresarial.

Consideramos que debería haberse realizado un esfuerzo para, al menos, coordinar las categorías de modificaciones estructurales existentes en la normativa mercantil con las existentes en la normativa tributaria, con el objeto de despejar las dudas respecto a cuáles de las operaciones de modificación estructural puede aplicarse el régimen de neutralidad.

Precisamente, este es el propósito del presente trabajo, realizar un análisis del régimen fiscal que, en materia de imposición directa, resulta aplicable a las operaciones de modificación estructural reguladas por la nueva normativa, teniendo en cuenta, además de la mencionada Ley de Modificaciones Estructurales y la

Ley del Impuesto sobre Sociedades, la interpretación que viene ofreciendo la doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT), y hasta qué punto esta última puede requerir ser reinterpretada de acuerdo con las modificaciones realizadas en el ámbito mercantil. cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, la que nos proporcionará dicho régimen fiscal.

Concretamente, las operaciones que serán objeto de análisis serán las operaciones que la doctrina ha venido a calificar como modificaciones estructurales en sentido estricto, es decir, transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo.

2. Operaciones protegidas por el régimen de reestructuración. Perspectiva tributaria

No obstante, este análisis no puede comenzarse sin examinar la naturaleza y el sentido del régimen de neutralidad fiscal aplicable a las operaciones de reestructuración plasmado en la Directiva 90/434/CEE y transpuesto a nuestro ordenamiento en el capítulo VIII, título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (el *régimen de reestructuración*).

De no existir el régimen de reestructuración, las operaciones de fusión y escisión determinarían los siguientes efectos fiscales (5): 1) valoración a mercado de los elementos patrimoniales transmitidos; 2) integración en la base imponible de la sociedad transmitente de la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable, y 3) integración en la base imponible de los socios de la diferencia entre el valor normal de mercado de la participación recibida y el valor contable de la participación anulada.

Pues bien, precisamente el régimen de reestructuración pretende descargar de implicaciones tributarias inmediatas a la operación protegida, con el objeto de favorecer la integración y reorganización de empresas comunitarias, impidiendo el trato discriminatorio de operaciones transfronterizas. De los considerandos de la Directiva 90/434/CEE se desprende que el régimen pretende «evitar una imposición con ocasión de una fusión, de una escisión, de una aportación de activos o de un canje de acciones», estableciendo para estas operaciones unas normas fiscales neutras.

Es decir, tal y como establece la Ley 29/1991, de 16 de diciembre (6), que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 90/434/CEE, el régimen «no estimula la realización de las operaciones antedichas, pero tampoco las obstaculiza, porque su ejecución no origina carga tributaria alguna, ni otro beneficio fiscal que el consistente en el diferimiento de aquélla».

Los objetivos pretendidos por la Directiva se alcanzan a través de dos técnicas tributarias: 1) la no integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos, y 2) las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.

Asimismo, técnicas similares se utilizan respecto de los socios de las entidades transmitentes, ya que éstos no están obligados a integrar en su base imponible los incrementos y disminuciones de patrimonio que se produzcan con ocasión del canje de valores, pero los recibidos se valoran, a efectos fiscales, por el valor de adquisición de los entregados.

El artículo 83 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades es el que recoge las operaciones que van a poder aplicar el sistema de diferimiento de plusvalías y neutralidad tributaria configurado por el régimen especial, siendo estas las operaciones de fusión, escisión, aportación de rama de actividad y canje de valores. A estas operaciones habrán de añadirse las aportaciones no dinerarias, reguladas en el artículo 94 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, operaciones protegidas no reguladas por la Directiva 90/434/CEE, pero sí por la normativa interna española (7).

Pues bien, es evidente que las operaciones recogidas en la normativa fiscal no se identifican con las definiciones recogidas en la Ley de Modificaciones Estructurales, cuestión perfectamente entendible en la medida en que la ley española transpone la directiva comunitaria, siendo a ésta a la que debería haberse adaptado la normativa española y no viceversa.

En consecuencia, el acogimiento al régimen especial requiere que las operaciones mercantiles de que se trate cumplan con los criterios exigidos por el artículo 83 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

II. CALIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES

Como ya hemos señalado, las operaciones definidas en la Ley de Modificaciones Estructurales no coinciden con las operaciones definidas en el régimen de reestructuración (8).

En consecuencia, antes de realizar un análisis pormenorizado de la posibilidad de aplicar el régimen de reestructuración a cada una de las modificaciones estructurales que pueden considerarse como tales en sentido estricto, reguladas en la nueva Ley de Modificaciones Estructurales, es necesario acometer una reflexión preli-

minar sobre la posibilidad de acogimiento de aquellas operaciones que, siendo modificaciones estructurales de acuerdo con la normativa mercantil, no cumplan estrictamente con los requisitos establecidos en la normativa fiscal para aplicar el régimen de reestructuración.

Una primera posibilidad consistiría en considerar que, en la medida en la que una determinada operación pueda ser calificada desde la perspectiva mercantil como una operación de modificación estructural de fusión o escisión, automáticamente deberá recibir esta calificación en el ámbito tributario siendo susceptible por tanto de acogerse al régimen fiscal especial.

Esta reflexión, que ha sido calificada por algún autor como principio de calificación unitaria (9), permitiría concluir que lo que se califique como fusión o escisión a efectos mercantiles es automáticamente una fusión o escisión a efectos del régimen fiscal especial, solventando en gran medida el problema de la divergencia conceptual existente.

Lamentablemente, no podemos considerar que esta solución tan directa pueda ser viable (10). En primer lugar, porque esta correspondencia nunca se ha pretendido por la normativa tributaria. Como hemos explicado, la norma tributaria española procede de la Directiva 90/434/CEE, que establece un *numerus clausus* de operaciones de reestructuración, concretando su definición sin apelación a ninguna otra norma o a la normativa mercantil.

En segundo lugar, porque la aceptación de este principio podría llevar a aplicar el régimen de reestructuración a escenarios en los que no parece que el legislador hubiera querido aplicar dicho régimen, como supuestos en los que la contraprestación que recibe una de los socios de las sociedades objeto de fusión es dinero, y no participaciones de la sociedad fusionada.

En tercer lugar, el Derecho Tributario tiene la capacidad de definir de forma autónoma los conceptos que utiliza, de tal suerte que la definición que sea establecida por esta rama autónoma del Derecho tiene preferencia sobre la realizada por otra rama del ordenamiento jurídico (11). La Ley del Impuesto sobre Sociedades, efectivamente, define las operaciones de reestructuración empresarial en su artículo 83, de acuerdo con las definiciones de la Directiva 90/434/CEE.

Finalmente, no podemos olvidar la prohibición de extender más allá del hecho imponible, a través de la analogía, el ámbito de los beneficios o incentivos fiscales, prohibición que estaríamos vulnerando en el supuesto en el que consideráramos de aplicación el régimen de reestructuración a la totalidad de las operaciones calificadas como fusiones o escisiones en la normativa mercantil.

Pues bien, la improcedencia de este principio de calificación unitaria ya ha sido reconocida en el pasado por la jurisprudencia. En este sentido, podemos destacar la sentencia 581/2003, de 29 de noviembre, en la que la Audiencia Nacional vino a considerar que el hecho de que, desde el punto de vista mercantil, nos encontremos ante, en ese caso, una operación de aportación de rama de actividad, calificación mercantil suscrita por notario y registrador mercantil, no es óbice para que dicha operación no reúna los requisitos legales para ser considerada como tal desde la perspectiva tributaria (12).

No obstante, es necesario tener en cuenta que, durante los últimos años, la DGT ha considerado, en relación con la aplicación del régimen de reestructuración a las fusiones reguladas en el artículo 250.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (13), que la fusión simplificada entre participadas por una misma entidad podía acogerse al régimen de reestructuración aunque no se produjera una ampliación de capital y la correspondiente atribución de valores representativos del capital en la absorbente a los socios de la absorbida (14).

En nuestra opinión, este principio de calificación unitaria solamente procedería en aquellos casos en los que se produzca un resultado equivalente al pretendido por el régimen de reestructuración. Evidentemente, esto excluye todas aquellas operaciones en las que se produzca una compensación en metálico o activos, respecto de los cuales no procede la aplicación del régimen de diferimiento ideado para ser aplicado en acciones o participaciones.

En todo caso, es necesario tener presente que una interpretación finalista no respaldada por la correspondiente literalidad del precepto es extremadamente peligrosa, y, si bien interpretaciones de esta naturaleza se han realizado en el pasado por la DGT, nada obsta que en el futuro la opinión del centro directivo se modifique.

Es necesaria, por tanto, la realización de una modificación legislativa para adaptar el texto de la norma tributaria al sentido del régimen de reestructuración de acuerdo con las nuevas definiciones realizadas por la Ley de Modificaciones Estructurales. A continuación, analizaremos cada una de las operaciones identificando no sólo las operaciones a las que es de aplicación el régimen de reestructuración, sino también aquellas en las que, debiendo ser de aplicación, existen dudas sobre la viabilidad de la misma.

III. ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES

1. Transformación

Antes de proceder al análisis de las operaciones de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, pro-

cede, por su relevancia, analizar los aspectos tributarios de la transformación. La Ley de Modificaciones Estructurales define el concepto de transformación en su artículo 3, en el cual considera que la transformación es la operación por la cual una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica; para inmediatamente después, en su artículo 4, regular las posibilidades de transformación (15).

El artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades considera que la transformación es causa de conclusión del período impositivo (y en consecuencia el devengo del impuesto de acuerdo con el artículo siguiente) siempre y cuando dicha transformación determine: 1) la no sujeción al impuesto de la entidad resultante, o 2) la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial.

De esta forma, de las posibles transformaciones sociales reguladas en la normativa mercantil, las siguientes determinan la conclusión del período impositivo del Impuesto sobre Sociedades: a) transformación de una sociedad mercantil inscrita en agrupación de interés económico (16), y b) transformación de una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa (17).

Si bien la norma mercantil no incluye la transformación de una sociedad mercantil en sociedad civil en su lista de supuestos de posible transformación (sí se refiere a que una sociedad civil podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil, pero no al supuesto inverso), resulta procedente señalar que, si dicha transformación fuera posible desde la perspectiva mercantil, evidentemente determinaría el devengo del impuesto.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de Tributos (DGT), en determinados supuestos, no existiendo una transformación mercantil, se produce la modificación del tipo de gravamen de la sociedad o el acceso a un régimen tributario especial, y también se producirá la conclusión del período impositivo y el correspondiente devengo del impuesto (18).

La extensión de los efectos de la transformación a este tipo de supuestos se entiende desde la perspectiva práctica, pudiendo haber sido la ratio decisoria simplificar el procedimiento de liquidación del impuesto. Este escenario explicaría por qué en otros pronunciamientos la DGT no ha aplicado su doctrina con la misma intensidad, al no quedar afectada, como consecuencia del acceso a un régimen tributario especial, de forma relevante la mecánica liquidatoria del impuesto (19).

No obstante, la extensión del concepto transformación en el ámbito fiscal más allá de su sentido mercantil no parece la forma más adecuada de conseguir la

finalidad en su caso pretendida. Generaría una menor confusión la realización de la correspondiente modificación legal para extender los efectos derivados de la transformación a las alteraciones que, determinando la modificación de su tipo de gravamen o la aplicación de un régimen tributario especial, se consideren oportunas, sin necesidad de calificarlas como transformación.

2. Fusión

2.1. *Fusiones generales. Especial referencia a la fusión apalancada*

En el presente epígrafe analizaremos las fusiones que no se encuentran incluidas bajo la rúbrica «fusiones especiales» de la Ley de Modificaciones Estructurales, y que, por oposición a dicha denominación, calificaremos como «fusiones generales».

El artículo 22 de la Ley de Modificaciones Estructurales proporciona el siguiente concepto de fusión: «en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan».

El artículo 23 de la Ley de Modificaciones Estructurales distingue las siguientes clases de fusión:

«1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.

2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda».

Por su parte, el artículo 83.1. de la Ley del Impuesto sobre Sociedades considera que tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:

«a. Una o varias entidades transmiten en bloque a otra entidad ya existente, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal

o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

b. Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

c. Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social».

Se observa que la operación contemplada en el artículo 83.1.c) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no encuentra un paralelo en el artículo 24 de la Ley de Modificaciones Estructurales, si bien este problema se resuelve sin un mayor problema por lo dispuesto en el artículo 53 de esta última, en cuya virtud, «también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla».

Asimismo, es necesario hacer referencia en este epígrafe a la fusión apalancada, denominada por la Ley de Modificaciones Estructurales como fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente. Se trata por tanto de una operación en la que a una adquisición en la que el comprador se endeuda para obtener el capital social de otra entidad le sigue la fusión de ambas entidades (20).

No se trata por tanto, de una única operación, sino de dos, siendo la primera una adquisición y la segunda la fusión propiamente dicha, que, de acuerdo con sus características, se clasificará correspondientemente, siendo un supuesto habitual que dicha fusión sea una absorción de sociedad íntegramente participada. Serán las características de esta operación de fusión lo que determine la posibilidad de acoger la operación al régimen de reestructuración o no, no impidiendo la previa compra de las participaciones *per se* el acogimiento al régimen.

Precisamente, la inclusión de este tipo de fusiones en la Ley de Modificaciones Estructurales elimina, a nuestro entender, la no aplicación, por resultar una operación artificiosa, del régimen de reestructuración a estas operaciones. En consecuencia, debería entenderse superada la sentencia de 7 de mayo de 2007 de la

Audiencia Nacional, que consideraba que a una fusión apalancada no podía aplicarse el régimen de reestructuración, ya que «los motivos económicos alegados por la actora resultan un tanto artificiosos, pues, como se expone claramente en el Acuerdo de liquidación, [...] no es admisible que una sociedad pague el coste de adquisición de, precisamente, esa sociedad por un tercero, y no sea éste, el adquirente el que cargue con los gastos de su adquisición».

No solamente se trata de una operación habitual en la práctica, sino que, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales, está específicamente prevista en la norma. En consecuencia, como ya ha considerado la DGT en el pasado, no puede negarse de forma automática la aplicación del régimen de reestructuración a este tipo de operaciones, sino que habrá de analizarse el cumplimiento del requisito de motivo económico válido en cada caso (21).

Es decir, dentro de lo que hemos venido a denominar *fusiones generales* no existen problemas derivados de una divergencia conceptual, quedando los mencionados reservados a las denominadas *fusiones especiales*, que analizamos a continuación.

2.2. Fusiones especiales

A) Absorción de sociedad íntegramente participada

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de Modificaciones Estructurales, cuando se trate de una fusión por absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa o indirecta en todo su capital social por la sociedad absorbente, la operación podrá realizarse sin necesidad de que concurra el aumento de capital de esta última.

Podemos tener en cuenta, de acuerdo con lo considerado tradicionalmente por la doctrina, la posibilidad de aplicar el régimen de reestructuración a la absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa (22). Si bien es cierto que su encaje en el artículo 83.1.a) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no es perfecto, ya que no se produce la atribución a los socios de la absorbida de valores representativos del capital social de la absorbente, esta circunstancia es una consecuencia lógica de la no necesidad de un aumento de capital en esta última, precisamente por ser el socio único de esta. Asimismo, desde la perspectiva económica, se trata de una operación paralela a la descrita en el artículo 83.1.c) (23).

No obstante, éste no es el caso de la absorción de sociedad íntegramente participada cuando dicha participación es indirecta, ya que no solamente no existe atribución

a los socios de la absorbida de valores representativos del capital social de la absorbente, sino que, lo que es más relevante, la pérdida de valor que sufren en su patrimonio los socios de la absorbida debe ser compensada por la sociedad absorbente (24).

Por tanto, nos encontramos ante una operación donde el socio de la sociedad absorbida recibe una compensación que excede del 10 por 100 del valor nominal de los valores que poseía en esta última, límite establecido por el artículo 83.1.a). Tampoco parece posible acudir al artículo 83.1.c) en la medida en la requiere para su aplicación una participación directa de la absorbente en la absorbida.

Incluso admitiendo, a efectos dialécticos, que dicha fusión se encontrara contenida en las definiciones establecidas por el artículo 83 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, no parece razonable aplicar el régimen de diferimiento a la compensación que reciba el socio de la absorbida, máxime cuando dicha compensación podría realizarse en metálico. No parece que esta sea la finalidad de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ni de la Directiva 90/434/CEE.

B) Absorción de sociedad participada al 90 por 100

Los artículos 50 y 51 de la Ley de Modificaciones Estructurales regula la fusión de una sociedad participada de forma directa en, al menos, el 90 por 100 de su capital social por la sociedad absorbente, siempre que, con carácter previo a la fusión, la sociedad absorbente ofrezca a los socios minoritarios la compra de sus títulos por un valor razonable, integrándolos en la fusión si no se acepta la oferta.

De esta forma, de acuerdo con este procedimiento, bien los minoritarios aceptan la oferta o bien reciben acciones de la sociedad absorbente. En el primero de los casos, evidentemente, la operación de fusión podrá acogerse al régimen de reestructuración, pero no así la compra previa de valores.

En el segundo de los casos, ya los minoritarios reciben títulos de la sociedad absorbente que procedan de autocartera (25) o títulos de nueva emisión, podrá la operación acogerse al régimen de reestructuración.

C) Fusiones horizontales o gemelares

La Ley de Modificaciones Estructurales, en su artículo 52, dentro del epígrafe «Supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas», regula las fusiones entre sociedades íntegramente participadas, directa o indirectamente, por un mismo socio (fusiones horizontales o gemelares).

En este supuesto, aun cuando la sociedad absorbente no participa en el capital de la sociedad absorbida, no procede a emitir capital en favor de la sociedad titular de las participaciones en el capital de la sociedad absorbente.

En los casos en los que nos encontramos ante una participación directa, si bien, como ya hemos analizado, no estaríamos en el tenor literal del artículo 83.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, desde una perspectiva finalista se trata de una operación que podría tener encaje en el régimen de reestructuración.

La DGT parecía inclinarse en un primer momento por seguir una interpretación finalista en este supuesto, considerando que las fusiones reguladas en el artículo 250.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, disposición que regulaba con carácter previo a la Ley de Modificaciones Estructurales el régimen de fusión simplificada entre participadas por una misma entidad, podían aplicar el régimen de reestructuración.

Pues bien, la DGT mantenía que esta fusión podía acogerse al régimen fiscal especial basándose en dos argumentos: 1) la operación planteada reúne los requisitos establecidos en la normativa mercantil para tener la consideración de fusión, y 2) el requisito fiscal de que se atribuyan valores representativos del capital en la absorbente a los socios de la absorbida tiene por objeto que éstos pasen a ser socios de la absorbente, y cuando absorbida y absorbente están participadas directamente por una misma entidad de forma directa no parece estrictamente necesaria la emisión de valores, ya que la situación patrimonial no varía sustancialmente (26).

La DGT ha mantenido esta tesis en relación con este tipo de operaciones ya en vigor la Ley de Modificaciones Estructurales (27).

Podemos observar que, como consecuencia de la aplicación del régimen de reestructuración, el valor de las participaciones del socio común en la sociedad absorbida no desaparece, sino que pasa a incrementar el valor de la participación que dicho socio tenía en la sociedad absorbente.

Coincidimos con los argumentos de la DGT en este punto y, consecuentemente, no podemos coincidir con sus pronunciamientos en aquellos casos en los que, en un supuesto análogo pero cuando el socio de la sociedad absorbida es una persona física y no jurídica, considera que no procede el acogimiento al régimen de reestructuración. Sorprende que en estos casos la DGT considerase precisamente como razón para no permitir el acogimiento al régimen la inexistencia de emisión de nuevas participaciones (28).

Parece razonable considerar que la DGT no quería que las fusiones horizontales se convirtieran en un mecanismo de envejecimiento de las carteras de personas físicas, que podrían utilizar estas operaciones para remansar las plusvalías correspondientes a las participaciones más antiguas (las de la sociedad absorbente) y amortizar los títulos más recientes (los de la sociedad absorbida).

No obstante, no podemos asegurar que esta sea la ratio de las mencionadas resoluciones, mientras que lo que si podemos aseverar es que, como consecuencia de las mencionadas, no queda claro desde la perspectiva de la doctrina administrativa hasta qué punto las fusiones horizontales pueden acogerse o no al régimen de reestructuración.

Añade una mayor indeterminación lo dispuesto por la DGT en su consulta 1357-09, de 9 de junio, que, referida a una operación a realizar habiendo entrado en vigor la Ley de Modificaciones Estructurales, amplía el criterio hasta ahora seguido respecto a las personas físicas en relación con este tipo de fusiones a todo tipo de socios (29).

No estamos de acuerdo con esta interpretación en la medida en la que impide la aplicación del régimen de reestructuración a fusiones gemelares en las que el socio es persona jurídica, que a nuestro entender se encuentran dentro del espíritu de la norma y no determinan ningún efecto indeseado para la Administración Tributaria. Pero lo cierto es que debemos reconocer que la DGT, al dar a esta consulta una respuesta que es contraria a su tendencia general en relación con esta cuestión, realiza una interpretación literal de la norma denegando la aplicación del régimen.

Por tanto, si bien podría haberse aprovechado el impulso de la Ley de Modificaciones Estructurales en este sentido, parece necesario que esta indeterminación actual se solucione a través de la correspondiente reforma legislativa, con el objeto de asegurar la aplicación del régimen de reestructuración a las fusiones horizontales cuando el socio tiene la consideración de persona jurídica.

Finalmente, consideramos que no procede la aplicación del régimen de reestructuración a los supuestos de fusión de sociedades íntegramente participadas de forma indirecta por un mismo socio. En este punto nos remitimos a las reflexiones contenidas en el punto 2.2.A) respecto de la naturaleza de la compensación a satisfacer al socio de la sociedad absorbida en los supuestos de absorción de sociedad íntegramente participada cuando dicha participación es indirecta.

D) Fusiones inversas

El artículo 52 de la Ley de Modificaciones Estructurales regula las fusiones en las que la sociedad absor-

bida es titular directa o indirectamente de la totalidad de los títulos representativos del capital de la absorbente.

Aunque en la fusión inversa con participación directa de la absorbida en la absorbente no tiene por qué existir un aumento del capital de la sociedad absorbente, sí concurre la atribución de valores representativos del capital de la absorbente a los socios de la absorbida.

El artículo 83.1.a) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades no distingue que los valores atribuidos a los socios de la entidad disuelta procedan de una ampliación de capital de la sociedad adquirente o de acciones propias (30). En este supuesto, los socios reciben las participaciones en el capital de la absorbente que ésta adquiere como consecuencia de su adquisición en bloque del patrimonio de la absorbida.

2.3. Operación asimilada a la fusión

De acuerdo con el artículo 53 de la Ley de Modificaciones Estructurales, también es una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla.

Es una cuestión pacífica tanto desde la perspectiva de la doctrina como de la DGT que este tipo de operaciones, que con carácter previo a la Ley de Modificaciones Estructurales no tenían la consideración de fusión, se encontraban incluidas en el ámbito establecido por el artículo 83.1.c) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, por lo que no caben dudas sobre la aplicabilidad de este régimen a las operaciones previstas en el artículo 53 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

3. Escisión

3.1. Escisión total, parcial y segregación

La Ley de Modificaciones Estructurales, junto a las ya clásicas escisión total (31) y parcial (32), regula una tercera forma de escisión, la segregación, que se define en su artículo 71 en los siguientes términos «Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias».

De esta forma, si bien en las escisiones total y parcial son los socios de la sociedad segregada los que reci-

ben las acciones o participaciones de las beneficiarias de la escisión, en la segregación es la propia sociedad segregada la que las recibe.

El artículo 83.2. de la Ley del Impuesto sobre Sociedades considera escisión la operación «por la cual:

a. Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y las transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por 100 del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.

b. Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniéndose al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, con la consiguiente reducción de capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior.

c. Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, y la transmite a otra entidad, de nueva creación o ya existente, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la entidad adquirente, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a anterior».

Sin perjuicio de remitirnos en relación con las escisiones a las mismas reflexiones que hemos realizado en relación con las fusiones en lo que resulten de aplicación, queremos realizar una referencia expresa a la segregación, por ser la figura más novedosa.

Es evidente que, en la medida en la que el artículo 83.2.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades exige la atribución de los valores recibidos de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad escindida, si bien recoge los supuestos de escisión total y parcial (33), no puede recoger la segregación.

Pero, por otro lado, la aportación no dineraria de rama de actividad definida en el artículo 83.3 LIS sí podría dar encaje a esta figura, en la medida en la que establece que «Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente».

Será necesario para ello que el patrimonio segregado sea una rama de actividad, *i.e.* un conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios.

En este sentido, es necesario recordar que el concepto fiscal de rama de actividad va más allá del de unidad económica al que hace referencia la Ley de Modificaciones Estructurales. De esta forma, pueden existir supuestos en los que, existiendo una o varias unidades económicas, la operación de reestructuración no haya podido acogerse al régimen fiscal especial porque no se trata de una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica capaz de funcionar por sus propios medios. De esta forma, la unidad económica puede estar formada por un conjunto de bienes afectos al desarrollo de una actividad empresarial, pero que, desgajados de la empresa, no pueden funcionar por medios propios (34).

Asimismo, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con el criterio de la DGT, no quedarán protegidas por el régimen fiscal las operaciones de segregación en las que, existiendo una pluralidad de socios en la sociedad en la que se produce la segregación, la unidad segregada pase a ser titularidad de un único socio, incluso constituyendo el patrimonio segregado una rama de actividad, ya que se tratará de una separación de socios y no de una escisión propiamente dicha (35).

De no cumplirse ese requisito, habrá de examinarse si la segregación puede tener encaje en otras figuras como el canje de valores o la aportación no dineraria especial.

3.2. *Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio*

Finalmente, procede analizar, aunque no es considerada propiamente una escisión por la Ley de Modificaciones Estructurales, la aplicación del régimen de reestructuración a la constitución de una sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio. De acuerdo con lo establecido en esta norma,

se aplicarán también las normas de la escisión en cuanto procedan a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria.

Esta operación presenta, a efectos fiscales, las mismas características que la segregación, por lo que, al igual que en dicha operación, en la medida en que el patrimonio atribuido a la filial sea una rama de actividad, la operación podrá acogerse al régimen de reestructuración.

4. Cesión global de activo y pasivo

El artículo 81 de la Ley de Modificaciones Estructurales define la cesión global de activo y pasivo al considerar que «1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. 2. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación».

Parece claro que la cesión global de activo y pasivo, en la medida en la que requiere que la contraprestación que reciba cada socio no pueda consistir en valores, no podrá tener encaje de la figura en el régimen de reestructuración. Si la contraprestación fuera realizada en valores podríamos encontrarnos ante la operación asimilada a la fusión objeto de estudio en el epígrafe III.2.3. y, en consecuencia, quedar protegida por el régimen de reestructuración.

IV. CONCLUSIONES

La Ley de Modificaciones Estructurales pretende unificar y ampliar el régimen jurídico de las alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluye, entre otras, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.

No obstante, no todas las operaciones definidas por la normativa mercantil pueden acogerse al régimen de reestructuración introducido por la Directiva 90/434/CEE en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuya aplicación permite la realización de dichas operaciones sin coste fiscal.

En nuestra opinión, no puede defenderse un principio de calificación unitaria, en cuya virtud cualquier tipo de operación calificada como de fusión o escisión por la normativa mercantil pueda aplicar el régimen de reestructuración previsto en la normativa tributaria.

Únicamente podría predicarse este principio de calificación unitaria en aquellos casos en los que se produzca un resultado equivalente al pretendido por el régimen de reestructuración. Evidentemente, esto excluye todas aquellas operaciones en las que se produzca una compensación en metálico o activos, respecto de los cuales no procede la aplicación del régimen de diferimiento ideado para ser aplicado en acciones o participaciones.

Incluso en estos casos, es necesario tener presente que una interpretación finalista no respaldada por la correspondiente literalidad del precepto es extremadamente peligrosa, y, si bien interpretaciones de esta naturaleza se han realizado en el pasado por la DGT, nada impide que, en el futuro, la opinión del centro directivo se modifique.

Dentro de cada una de las operaciones concretas, consideramos de aplicación el régimen de reestructuración a las operaciones de fusión previstas en el artículo 23 de la Ley de Modificaciones Estructurales (fusiones generales en oposición a las denominadas fusiones especiales). Dentro de las fusiones especiales, consideramos de aplicación el régimen de reestructuración a los supuestos de absorción de sociedad íntegramente participada, a la absorción de sociedad participada al 90 por 100 y a las fusiones inversas, siempre que la participación sea directa, no así en los casos en los que la participación sea indirecta.

Si bien consideramos que el régimen de reestructuración debería ser de aplicación a las fusiones horizontales o gemelares en aquellos supuestos en los que el socio es una persona jurídica, de acuerdo con el tenor literal de la norma actualmente estas operaciones no quedarían protegidas. Si bien la doctrina de la DGT es mayoritariamente favorable a la aplicación del régimen de reestructuración a estas operaciones si el socio es una persona jurídica, su doctrina no es completamente homogénea. El régimen será asimismo de aplicación a las operaciones asimiladas a la fusión previstas en el artículo 53 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

En cuanto a la escisión, es clara la posibilidad de aplicar el régimen especial a las fusiones total y parcial. La aportación no dineraria de rama de actividad podría permitir el acogimiento a la segregación, siempre y cuando el patrimonio segregado sea una rama de actividad. En tanto en cuanto la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio

presente, a efectos fiscales, las mismas características que la segregación, y en la medida en que el patrimonio atribuido a la filial sea una rama de actividad, también la operación podrá acogerse al régimen de reestructuración.

Parece claro que la cesión global de activo y pasivo, en la medida en la que requiere que la contraprestación que reciba cada socio no puede consistir en valores, no podrá tener encaje en el régimen de reestructuración.

NOTAS

(1) Como señala SÁNCHEZ ÁLVAREZ «En todas las modificaciones estructurales del catálogo legal se produce un cambio sustancial, decisivo, en la manera en la que se ha ostentado hasta ese momento la titularidad del patrimonio de la sociedad que experimenta la modificación estructural. Este cambio puede venir dado por el cambio de estatus jurídico de la sociedad, sea en su forma jurídica o por el traslado internacional de su domicilio social». «La Ley de Modificaciones Estructurales y el concepto de modificación estructural», MANUEL SÁNCHEZ ÁLVAREZ, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. T. I. Transformación, fusión, fusiones transfronterizas e intra-comunitarias*, VV.AA. Coordinador ALBERTO ALONSO UREBA. Aranzadi. 2009, p.75.

(2) Adicionalmente, la ley introduce otras modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, estableciendo exigencias relevantes en relación con la elaboración de informe por experto independiente, así como en relación con el régimen de autocartera y de asistencia financiera.

(3) GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, 1ª ed., Madrid, 1936-40, pp. 318-320.

(4) FRANCISCO VICENT CHULIÁ, «Ley de Modificaciones Estructurales. Opciones de la Ley», *El Notario del Siglo XXI*, noviembre-diciembre 2009, n.º 28, pp. 9 a 16.

(5) Los apartados 2.d), 3 y 7 del artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se refieren a las operaciones de fusión y escisión.

(6) Con carácter previo a esta norma, en el ordenamiento jurídico tributario español podíamos encontrar la Ley 76/1980 sobre el régimen fiscal de las fusiones de empresas, que representó el primer intento serio de normativa sistemática a este respecto, si bien se enmarcaba en un momento de transición hacia las instituciones jurídicas modernas y adolecía de una pobre calidad normativa. Esta norma gravitaba en torno a la técnica de la bonificación de hasta el 99 por 100 de la cuota derivada de los incrementos de patrimonio manifestados como consecuencia de estas operaciones

(7) El artículo 94 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece que «El régimen previsto en el presente capítulo se aplicará, a opción del sujeto pasivo de este impuesto o del contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a las aportaciones no dinerarias en las que concurran los siguientes requisitos: (a) Que la entidad que recibe la aportación sea residente en territorio español o realice actividades en este por medio de un establecimiento permanente al que se afecten los bienes aportados. (b) Que una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo aportante de este impuesto o el contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, participe en los fondos propios de la entidad que recibe la aportación en, al menos, el cinco por ciento. (c) Que, en el caso de aportación de acciones o participaciones sociales por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se tendrán que cumplir además de los requisitos señalados en los párrafos a y b, los siguientes (1) Que la entidad de cuyo capital social sean representativos sea resi-

dente en territorio español y que a dicha entidad no le sean de aplicación el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas o europeas, y de uniones temporales de empresas, previstos en esta Ley, ni tenga como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.º de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio y no cumpla los demás requisitos establecidos en el cuarto párrafo del apartado 1 del artículo 116 de esta Ley. (2) Que representen una participación de, al menos, un cinco por ciento de los fondos propios de la entidad. (3) Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior a la fecha del documento público en que se formalice la aportación. (d) Que, en el caso de aportación de elementos patrimoniales distintos de los mencionados en el párrafo c por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, dichos elementos estén afectos a actividades económicas cuya contabilidad se lleve con arreglo a lo dispuesto en el Código de Comercio».

(8) En este sentido, coincidimos con VICENT CHULIÁ cuando considera que «1º son idénticas (a pesar de su duplicación), las definiciones de fusión y escisión a las de la LSA (y sigue sin regular la segregación o «Eingliederung»). 2º La operación de canje de valores determina que la sociedad que entrega acciones a cambio de las que recibe debe obtener el control de aquélla. 3º La operación de aportación de rama de actividad viene a ser también un aumento de capital social con aportación de una parte de una empresa capaz de funcionar con vida propia, en la que igualmente la sociedad adquirente obtiene la mayoría del capital social de la transmitente. 4º La aportación no dineraria obteniendo más del 5 por 100 del capital social de la adquirente es un supuesto añadido en el art. 94 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que constituye también un aumento de capital social». FRANCISCO VICENT CHULIÁ. «Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 20 pp. 49.

(9) PRADA LARREA, que utiliza esta denominación, considera que «Se advierte, pues, esa comunicación de conceptos desde la ley mercantil —como ley de origen— a la tributaria o de destino, lo que parece saludable y lógico, al punto de que la resolución de numerosas consultas tributarias planteadas a la Administración fiscal se alcanza previo detallado escrutinio de la norma mercantil, antecedente necesario de la calificación fiscal». J.L. PRADA LARREA, «Consecuencias fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la nueva Ley de Modificaciones Estructurales», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 86, julio-septiembre 2009, p. 22.

(10) En este sentido, coincidimos con LÓPEZ TELLO y CREMADES cuando consideran que «Aunque intelectualmente atractivo, un pretendido principio de calificación unitaria en esta materia, en cuya virtud lo que se califique como fusión o escisión a efectos mercantiles es automáticamente una fusión o escisión a efectos del régimen fiscal especial de fusiones, no tiene fundamento», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 25, p. 52.

(11) El artículo 12 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria (LGT) considera que «en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda».

(12) Si bien relativas a otro tipo de operaciones, la misma reflexión relativa a la autonomía de los órganos de la inspección para calificar a efectos fiscales las relaciones jurídicas contractuales sometidas a su competencia subyace en las sentencias de la Audiencia Nacional 914/02, de 2 de diciembre de 2004, y 821/02, de 17 de febrero de 2005.

(13) Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

(14) Esta posición se aprecia en las consultas vinculantes (CV) 0727-09, de 7 de abril de 2009, o 1704-09, de 16 de julio de 2009. La

DGT consideró que mientras la no atribución al socio de valores representativos del capital de una de las entidades adquirentes en proporción a la participación que tenía en la sociedad que se escinde «no desvirtúa la calificación jurídico-mercantil de la operación como de escisión, igual consideración tendría a efectos fiscales, en cuyo caso la operación descrita podría acogerse, en principio, al régimen fiscal especial».

(15) El artículo 4 de la Ley de Modificaciones Estructurales considera como supuestos de posible transformación los siguientes:

«1. Una sociedad mercantil inscrita podrá transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil.

2. Una sociedad mercantil inscrita, así como una agrupación europea de interés económico, podrán transformarse en agrupación de interés económico. Igualmente una agrupación de interés económico podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil y en agrupación europea de interés económico.

3. Una sociedad civil podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil.

4. Una sociedad anónima podrá transformarse en sociedad anónima europea. Igualmente una sociedad anónima europea podrá transformarse en sociedad anónima.

5. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad mercantil, y una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa.

6. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad cooperativa europea y una sociedad cooperativa europea podrá transformarse en sociedad cooperativa».

(16) Reguladas en el capítulo II del título VII de la LIS, que regula el régimen tributario especial de agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas.

(17) Reguladas en la disposición final segunda de la LIS, que dispone que las cooperativas tributarán de acuerdo con lo establecido en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de Cooperativas.

(18) En la CV 0534-08, de 10 de marzo de 2008, la DGT considera que la revocación del régimen especial a una SICAV determina la conclusión del período impositivo, ya que la transformación jurídica de la entidad «no abarca únicamente las modificaciones del tipo societario, sino que también se refiere a los supuestos en los que se produce una alteración en el estatuto o régimen jurídico».

(19) De esta forma, en la CV 0354-09, de 23 de febrero de 2009, se afirma que «en el contexto del Impuesto sobre Sociedades, la transformación de una AIE en una sociedad limitada, no producirá la conclusión del período impositivo a que se refiere el artículo 26.2.d). Ello obedece a que, en este caso, la transformación de la forma jurídica de la entidad no supone ni la modificación del tipo de gravamen ni la aplicación a la entidad resultante de la transformación de un régimen especial. La transformación implicará la aplicación del régimen general del Impuesto sobre Sociedades. Se va a pasar, dentro del ámbito del Impuesto sobre Sociedades, del régimen especial propio de las AIE al régimen general propio de las sociedades mercantiles, supuesto que, conforme al tenor literal del artículo 26.2.d sobre interrupción del período impositivo por causa de transformación, no está contemplado».

(20) Es una combinación muy habitual en el escenario económico. Como señala MARTÍ MOYA: «La forma más habitual de *leveraged buy-out* finaliza con la realización de una fusión entre la sociedad adquirida y la sociedad adquirente, por la sucesión universal del patrimonio de la adquirida que la fusión implica y que da el nombre de *merger leveraged buy-out* a la operación». VANESSA MARTÍ MOYA. «El *merger leveraged buy out* o fusión apalancada a la luz de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *Revista de Derecho Mercantil* n.º 276, año 2010, p. 609.

(21) En este sentido, CV1088/07 de 28 de mayo de 2007, entre otras.

(22) La CV 1454-10 de 25 de junio de 2010, de la DGT, entre otras, especifica la posibilidad de aplicación del régimen de reestructuración a esta operación tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales.

(23) Algunos autores, como LÓPEZ TELLO, han considerado que esta operación podría quedar amparada en este epígrafe. J. LÓPEZ TELLO, «Régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de valores», *Cuadernos de Formación. Inspección de los Tributos*, Escuela de la Hacienda Pública, n.º 20, septiembre 1992, tema central, p. 6.

(24) El artículo 49.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales establece que «[...] Cuando la fusión provoque una disminución del patrimonio neto de sociedades que no intervienen en la fusión por la participación que tienen en la sociedad absorbida, la sociedad absorbente deberá compensar a estas últimas sociedades por el valor razonable de esa participación».

(25) Tampoco este supuesto plantea problemas de encaje en el artículo 83.1 a) LIS, una vez que la doctrina y las contestaciones a consultas de la DGT han admitido que la entrega de acciones a los accionistas o partícipes en la absorbida no exige necesariamente una ampliación de capital de la absorbente, sino que también es válida la entrega de acciones o participaciones tenidas en cartera. En este sentido, la CV 1454-10 de 25 de junio de 2010, de la DGT, ya citada, considera que «el artículo 83 del TRLIS no distingue que los valores atribuidos a los socios de la entidad disuelta procedan de una ampliación de capital de la sociedad adquirente o bien de acciones propias que ésta última recibiera como consecuencia de la operación de fusión».

(26) Esta posición se aprecia en las consultas 0599-97, 0174-08 y CV 0727-09, de 7 de abril de 2009, entre otras. Concretamente, en la última consulta señalada, la DGT considera que «Por otra parte, la aplicación del régimen fiscal especial exige que los socios de la sociedad que se extingue como consecuencia de la fusión pasen a ser socios de la sociedad absorbente. Así se desprende en el artículo 83.1.a) del TRLIS, al establecer la necesidad de atribuir a los socios de la sociedad absorbida valores representativos del capital de la sociedad absorbente. No obstante, en este caso particular en donde las sociedades absorbidas y absorbente están íntegramente participadas por el mismo socio de forma directa, no parece absolutamente necesario que se produzca tal atribución de títulos. En efecto, aun cuando no se produzca esa atribución de valores de la sociedad absorbente, al existir un único socio en todas las entidades que participen en la operación, la situación patrimonial de éste no varía sustancialmente ya que sigue participando en el mismo patrimonio antes y después de la operación de fusión, con la particularidad de que el valor de la participación en las absorbidas incrementa el valor de la participación tenida en la sociedad absorbente con posterioridad a la fusión, cumpliéndose así la neutralidad requerida en el capítulo VIII del título VII del TRLIS para la aplicación del régimen fiscal especial».

(27) Por ejemplo, en su reciente CV 1454-10, de 25 de junio, entre otras.

(28) Dentro de estas consultas encontramos las CV 2413-06, de 29 de noviembre de 2006, 0011-07, de 8 de enero de 2007, o 0174-08, de 31 de enero de 2008, donde se establece que: «Por tanto, según se establece en la propia Directiva comunitaria, la ausencia de ampliación de capital en la sociedad absorbente, y por ello, de atribución de los títulos generados a los socios de la sociedad absorbida está previsto exclusivamente para un único caso: el supuesto en que la sociedad absorbente participa en el 100 por 100 del capital de la absorbida, circunstancia que no concurre en el caso planteado. Por tanto, en aplicación de la Directiva comunitaria, la realización de la operación por la cual una entidad absorbe a dos entidades entre las que no existe ningún porcentaje de participación, requiere como condición sine

qua non la existencia de una ampliación de capital en la entidad absorbente, con la finalidad de atribuir títulos a los socios de las sociedades absorbidas. Dicha circunstancia no concurre en el caso planteado, dado que no existe ninguna participación entre las entidades afectadas por la operación señalada, sin que a estos efectos deba considerarse válido el hecho de que las tres sociedades estén participadas por varios socios personas físicas que resulten coincidentes».

(29) La Consulta CV 0174-08, de 31 de enero de 2008, considera que «la ausencia de ampliación de capital en la sociedad absorbente, y por ello, de atribución de los títulos generados a los socios de la sociedad absorbida está previsto exclusivamente para un único caso: el supuesto en que la sociedad absorbente participa en el 100 por 100 del capital de la absorbida, circunstancia que no concurre en el caso planteado».

(30) En este sentido, las CV 0336-09, de 19 de febrero de 2009, y 0167-07, de 23 de enero de 2007, o la más reciente 1063-10, de 20 de mayo de 2010.

(31) El Artículo 69 de la Ley de Modificaciones Estructurales establece que «Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde».

(32) El artículo 70 de la Ley de Modificaciones Estructurales establece que «1. Se entiende por escisión parcial el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria. 2. Si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspaşa».

(33) En este sentido, CV1475-10, de 29 de junio de 2010, CV1476-10, de 29 de junio de 2010, o CV1454-10, de 25 de junio de 2010, de la DGT entre otras.

(34) De acuerdo con lo establecido en la CV0320-09 de 17 de febrero de 2009, de la DGT, en la que se considera, en relación con una escisión total no proporcional de sociedad entre tres grupos familiares dedicada al arrendamiento de inmuebles, que «En consecuencia, solo cuando el patrimonio transmitido determine la existencia de tres explotaciones económicas diferenciadas en sede de la entidad consultante, que se transmiten cada una de ellas a las entidades beneficiarias de la escisión, se cumplirá el requisito exigido por la norma. Por el contrario en el caso consultado existe una única actividad económica, el arrendamiento de inmuebles, que es objeto de fraccionamiento en tres bloques, sin que exista organización y gestión diferenciada en sede de la entidad escindida para cada bloque patrimonial. Por tanto, al no cumplirse el requisito exigido de rama de actividad para cada bloque escindido la operación planteada en la consulta no reunirá los requisitos para ser considerada como escisión total, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del TRLIS y por ello no podrá acogerse al régimen especial». En el mismo sentido CV0036-04, de 10 de junio de 2004, y CV0333-09, de 19 de febrero de 2009.

(35) En este sentido, consultas de la DGT CV2376-08, de 16 de diciembre, o la ya citada CV0320-09, de 17 de febrero de 2009, entre otras.

El IVA y los servicios financieros

Dolores Luque Calvo

I. BREVE HISTORIA DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS EN EL IVA

El 9 de febrero de 1966 el Consejo de la Comunidad Económica Europea (CEE) decide adoptar los principios del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), por lo que los seis estados miembros que inicialmente formaban la CEE deciden sustituir sus impuestos indirectos por un sistema común de impuesto sobre el valor añadido. El objetivo era conseguir devolver los impuestos sobre ventas pagados por las exportaciones y gravar a las importaciones. En consecuencia, el 11 de abril de 1967 se adoptan dos directivas (1) destinadas a la armonización de las legislaciones de los estados miembros en materia de impuestos sobre el volumen de ventas y a la introducción del IVA en dichos estados. Sin embargo, estas dos directivas sólo establecieron la estructura general del impuesto, dejando libertad a los estados miembros para determinar el ámbito de aplicación del impuesto y la estructura de los tipos impositivos.

La necesidad de armonizar esta figura tributaria en el seno de la CEE surge años más tarde, cuando se prevé destinar como recurso propio de la Comunidad un porcentaje de los ingresos por IVA calculado a partir de una base armonizada. Asimismo, surge la necesidad de armonizar el tratamiento de las exenciones, las reglas de localización de las operaciones, etcétera, ya que, de lo contrario, se podrían generar grandes desigualdades en el esfuerzo fiscal de los diferentes estados miembros. De esta forma, la Sexta Directiva permitió en 1977 garantizar que este impuesto gravase las mismas operaciones en todos los estados miembros y contribuyese de esta manera a la supresión de las fronteras fiscales.

La Sexta Directiva incluyó desde el principio a las operaciones financieras dentro del ámbito de aplicación del impuesto, por lo que los operadores financieros se vieron obligados a cumplir las obligaciones que les corres-

pondían como sujetos pasivos. No obstante, la incidencia del IVA sobre las mismas quedó muy limitada, dado el amplio catálogo de exenciones previsto en el artículo 13. B. d) de la Sexta Directiva. La justificación de la amplia gama de exenciones en los servicios financieros la encontramos en motivos históricos de tipo socio-económico, pero también en otros puramente técnicos, como las dificultades prácticas para determinar la tributación de determinadas operaciones financieras.

Por lo tanto, en 1977, ante la imposibilidad de superar estas dificultades técnicas, el Consejo decide dejar exentos del IVA a este tipo de servicios. No obstante, en ese momento ya existía una amplia percepción de que la mejor solución técnica para rectificar la brecha de la neutralidad era permitir la introducción de una plena tributación en los servicios financieros, por lo que se decidió dejar en manos de los estados miembros la decisión de optar por la tributación de este tipo de servicios.

En los años siguientes, el eje de la reforma legislativa en materia del IVA estuvo dirigido principalmente a establecer las mejores condiciones para la creación de un mercado interno en 1992. Así, no fue hasta mediados de los años noventa cuando los servicios financieros volvieron a atraer la atención de las instituciones europeas. En estos años, la Comisión Europea empezó a buscar un sistema que permitiera la plena tributación en el IVA de los servicios financieros y la deducción del IVA soportado en la prestación de éstos. Entre las diferentes soluciones identificadas, destacó la posibilidad de aplicar un método avanzado de flujos de caja, conocido como *the truncated TCA* (2), que permitía someter a tributación los servicios financieros. La viabilidad técnica del sistema fue confirmada por los experimentos llevados a cabo con una serie de operadores financieros. Se demostró que este método constituía un medio eficaz para introducir los servicios financieros y, en particular, los intereses de los préstamos, dentro del

ámbito de aplicación del IVA. No obstante, en ese momento, la complejidad del método y la profunda reforma que era necesaria para introducirlo fueron percibidos como fuertes factores negativos que no estaban justificados por las ventajas resultantes de su aplicación.

No fue hasta diciembre de 2004, con ocasión del seminario *Fiscalis* organizado en Dublín, cuando la Comisión Europea volvió a retomar el tema y analizó los diversos problemas a los que se enfrentan los operadores financieros en la aplicación de las diversas exenciones de los servicios financieros y, en particular, cuando dichos operadores financieros decidían externalizar parte de sus actividades. En este seminario, tanto los operadores financieros como los estados miembros estuvieron de acuerdo en que se requería una iniciativa legislativa por parte de los servicios de la Comisión Europea.

En respuesta a ese seminario, la Comisión Europea encargó a un experto independiente la realización de un estudio destinado a mejorar la comprensión de los efectos económicos de la exención del IVA aplicada a los servicios financieros. El equipo de trabajo encargado del informe llevó a cabo una serie de consultas con los estados miembros y con la Comisión Europea, que dieron lugar a la elaboración de un documento en el que se esbozaban los problemas fundamentales y las posibles soluciones técnicas a éstos.

Adicionalmente, la Comisión solicitó a la Oficina Internacional de Documentación Fiscal que estudiara los métodos de deducción del IVA soportado en relación con los servicios financieros en los estados miembros.

Todos los problemas detectados y sus posibles soluciones fueron examinados conjuntamente con los operadores financieros y con los representantes de los diferentes estados miembros con ocasión de la conferencia que, en materia tributaria, se celebró en Bruselas en mayo de 2006.

Entre el 9 de mayo y el 9 de junio de 2006 la Comisión Europea planteó a los posibles interesados una consulta abierta a través de Internet, en la que se comentaba el marco jurídico actual y las opciones de modificación. Quienes respondieron a la consulta fiscal consideraban una prioridad la supresión de las trabas a la consolidación transfronteriza y la modernización de las definiciones.

Mientras los trabajos preparatorios sobre la reforma proseguían, el 11 de diciembre de 2006 se publicó en el *Diario Oficial* de Unión Europea, una nueva directiva sobre el IVA (Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido) que vino a derogar la

Sexta Directiva y que constituyó una refundición de las disposiciones contenidas en las directivas 67/227/CEE y 77/388/CEE (Sexta Directiva). El régimen de exenciones de las operaciones financieras previsto en la Sexta Directiva se incluyó sin mayores variaciones en la nueva.

En marzo de 2007 se organiza un segundo seminario *Fiscalis*, con el objetivo de familiarizar a los funcionarios de las administraciones tributarias nacionales con las políticas que impulsan la transformación del marco regulador, y con los motores económicos de la integración financiera transfronteriza.

Globalmente, las conclusiones del informe elaborado por el experto independiente, el estudio elaborado por la propia Comisión Europea y las respuestas de los interesados con motivo de la consulta pública coincidieron, lo que permitió a la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera establecer las oportunas prioridades y orientar su trabajo hacia las soluciones más adecuadas. Así, el 28 de noviembre de 2007 la Comisión Europea adoptó una propuesta de Directiva y una propuesta de Reglamento para acometer finalmente una reforma de los servicios financieros en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Inicialmente, estaba previsto que las disposiciones previstas en la propuesta de Directiva y de Reglamento entraran en vigor a finales de 2009, pero con la llegada de la crisis económica internacional los objetivos de las instituciones europeas se centraron en atenuar sus efectos, por lo que los trabajos relacionados con la reforma del tratamiento en el IVA de los servicios financieros y de seguros quedaron prácticamente paralizados. Como consecuencia de ello, tras casi cuatro años desde su publicación, la reforma de los servicios financieros todavía no ha visto la luz.

II. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

El IVA es un impuesto que recae sobre el consumo, es decir, se aplica sobre las entregas de bienes y servicios prestados por las empresas a terceros. Asimismo, es un impuesto plurifásico, debido a que cada ciclo productivo se lo traslada al siguiente, hasta llegar al consumidor final, quien corta la cadena de suministros.

Para mantener el IVA como un impuesto sobre el consumo y respetar al mismo tiempo el principio de neutralidad, existe un mecanismo de compensación, a través del cual el IVA soportado por los sujetos pasivos en la realización de sus actividades puede ser deducido del IVA repercutido en la prestación de las mismas. Esto supone que cada sujeto pasivo deberá ingresar en la *autoridad fiscal* la diferencia entre las cuotas que haya repercutido a los adquirentes de sus

bienes o servicios y las que haya soportado por sus adquisiciones. Así, el importe total por IVA que corresponde ingresar en la autoridad fiscal correspondiente, en relación con el consumo de un determinado bien o servicio, es el resultado de multiplicar el tipo impositivo del IVA aplicable por el precio de venta al consumidor, pero cuando dicho proveedor vaya a ingresar el IVA correspondiente a la autoridad fiscal se le va a permitir deducir el IVA que haya soportado por la compra de bienes y servicios necesarios para prestar un determinado bien o servicio.

No obstante, hay que señalar que el derecho a la deducción del IVA soportado en los gastos en los que ha incurrido un determinado sujeto pasivo para poder prestar sus servicios surge exclusivamente cuando dichos gastos se corresponden con la realización de operaciones sujetas. Por lo tanto, si las prestaciones están exentas del IVA, no surge el citado derecho a la deducción del IVA soportado (aunque existen excepciones). Así, cuando los proveedores de servicios exentos deciden externalizar parte de sus actividades, soportan un IVA que, al no poder deducirse, pasa a formar parte de sus costes.

El coste por el IVA soportado no deducible en la prestación de servicios exentos puede repercutirse a los consumidores del servicio a través de un precio más elevado, con implicaciones obvias para la competitividad, o se puede absorber mediante su incorporación en la base total de los costes operativos de los proveedores de servicios exentos, con implicaciones claras en el margen de beneficios.

Por último, hay que señalar que cuando los proveedores de servicios exentos sean residentes en países con tipos impositivos relativamente bajos, como Chipre o Luxemburgo, disfrutan de una ventaja en sus costes respecto de aquellos que son residentes en jurisdicciones con un tipo impositivo mayor, como Dinamarca, Hungría o Suecia.

III. DISTORSIONES CAUSADAS POR LAS EXENCIONES

Los efectos de las exenciones en las operaciones financieras pueden examinarse desde cuatro ángulos distintos.

1. Distorsiones causadas a los operadores financieros

A los operadores financieros la existencia de operaciones financieras exentas les produce las siguientes distorsiones:

— *Costes superiores a los de sus homólogos no europeos.* Esta distorsión parte de la idea de que los operadores financieros europeos tienen un coste adicional por el IVA soportado no deducible. Este coste, como ya hemos comentado anteriormente, puede transmitirse a los usuarios de servicios financieros de dos formas: a través de un precio más elevado, con implicaciones obvias en la competitividad, o a través de los costes operativos, con un menor margen de beneficios.

— *Definiciones obsoletas.* La naturaleza de los servicios financieros ha llegado a ser mucho más compleja que la de los servicios prestados en 1977, cuando las definiciones de los servicios financieros exentos fueron introducidas. Esta situación ha dado lugar a disparidades en la interpretación y aplicación de esas exenciones por los estados miembros, por lo que los operadores tienen que hacer frente a una complejidad jurídica considerable derivada de las diferentes prácticas administrativas, lo que les genera inseguridad jurídica. Como consecuencia de esta inseguridad jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha tenido que enfrentar a un elevado número de casos en los que los operadores financieros y las autoridades fiscales de los estados miembros no se ponían de acuerdo a la hora de interpretar las definiciones de los servicios exentos. Esta inseguridad jurídica entra en conflicto con la necesidad de gozar de una seguridad legal a la hora de establecer modelos de negocios a largo plazo, y constituye un gran obstáculo para tomar decisiones de inversión.

— *Altos costes administrativos para determinar la cantidad de IVA soportado deducible.* Otro problema al que tienen que hacer frente los operadores financieros, como consecuencia de la aplicación de las exenciones a los servicios financieros, consiste en determinar el porcentaje del IVA soportado que resulta deducible en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo lleva a cabo tanto operaciones sujetas como operaciones exentas. En dichos supuestos, la cantidad de IVA soportado deducible depende de que las entregas de bienes y servicios prestados por las cuales se ha soportado el IVA sean utilizadas para llevar a cabo sus propias operaciones sujetas.

Existen varias formas de determinar el porcentaje de IVA soportado deducible de acuerdo con los artículos 168 y 173 de la Directiva 2006/112/CE (antiguos artículos 17 y 19 de la Sexta Directiva). Por ejemplo, los estados miembros pueden obligar a los sujetos pasivos a determinar el porcentaje de IVA soportado deducible por cada sector de su actividad y, por lo tanto, a llevar contabilidades separadas para cada uno de estos sectores. Por otro lado, los estados miembros también pueden establecer el porcentaje de IVA soportado deducible de acuerdo con el método de la prorata, en virtud del cual la proporción del impuesto soportado deducible se determina en función de los porcentajes de ope-

raciones sujetas y operaciones no sujetas o exentas realizadas por un sujeto pasivo.

Estos procesos generan altos costes administrativos para los operadores financieros y para las autoridades fiscales.

— *Obstáculos para incrementar la competitividad de los operadores financieros europeos.* Dentro del sector financiero, todos los operadores se esfuerzan por incrementar su competitividad debido a la intensa competencia a la que se ven expuestos, tanto dentro como fuera de la Unión Europea.

En este entorno tan competitivo, los operadores financieros han desarrollado distintas técnicas para reducir costes y así incrementar su propia competitividad. Entre las técnicas más utilizadas destacan las siguientes:

a) Externalización

Con la externalización se produce la transferencia de un proceso o una fase del negocio a un tercero especializado con el objeto de agilizar y mejorar los procesos, lograr mayor y más eficientes resultados, agilizar la gestión del negocio y reducir los costes administrativos y laborales que supone el desarrollo de determinadas actividades.

La externalización se produce sobre aquellas actividades que no forman parte del conjunto de actividades principales de la empresa. Así, por ejemplo, en el sector financiero se puede llevar a cabo la externalización de procesos informáticos, tareas administrativas de *back office* o funciones de depositaria.

Cuando los operadores deciden externalizar sus servicios, a menos que estos servicios también queden exentos, se facturan por la empresa que preste los citados servicios incluyendo el IVA, este IVA no va a ser deducible por los operadores financieros, por lo que vendrá a incorporarse a sus costes. Estos gastos adicionales asociados al IVA disminuyen los esfuerzos de los operadores implicados para reducir sus costes y neutralizan las estrategias de los operadores para mejorar su competitividad.

b) Centros de servicios compartidos

Los centros de servicios compartidos (CSC) son unidades organizativas que proveen soporte de *back office* a clientes internos, eliminando procesos y sistemas redundantes. Los servicios que habitualmente se integran en un centro de este tipo incluyen la gestión administrativa de recursos humanos, la facturación, la gestión de compras, el soporte a usuarios, etcétera y, en general, todos los procesos que, pudiéndose prestar a

distancia, permitan obtener beneficios de su centralización. Dichos beneficios van desde la pura reducción de costes (a través del procesamiento masivo), hasta una mejora de la flexibilidad, pasando por el aprovechamiento de las localizaciones (muchos de estos procesos se pueden llevar a países donde la mano de obra sea más barata o el efecto fiscal sea más beneficioso), las facilidades para la introducción de nuevas tecnologías, etcétera.

No obstante, la utilización de estos CSC se encuentra penalizada por el IVA, en la medida en que los servicios que prestan a los operadores financieros están sujetos a este impuesto, un IVA que éstos no se van a poder deducir al estar los servicios que ellos prestan exentos.

Muchos de los estados miembros, han conseguido mitigar parte de los efectos negativos del actual tratamiento en el IVA de los CSC mediante el establecimiento del régimen de las agrupaciones de interés económico.

c) Subcontratación

Esta estrategia consiste en la incorporación de un nivel suplementario en la distribución de los productos financieros. Por ejemplo, la contratación de agentes independientes que comercialicen los productos financieros de un determinado operador económico.

En estos supuestos, para que los servicios prestados por los agentes subcontratados en la comercialización de los productos financieros estuvieran exentos del IVA, sería necesario que realizaran una función de aproximación y puesta en contacto de las partes que fuera más allá del mero suministro de información y la simple recepción de solicitudes (sentencia del TJUE 13/12/2001, asunto C-235/00). Además, para que las citadas actividades se hallen exentas del IVA, es necesario que las partes tengan conocimiento de la existencia de este mediador y de la labor que realiza.

Todas estas técnicas implican que internamente se genere menos valor y éste sea aportado en forma de servicios prestados por terceros. El problema que se plantea es que estos servicios prestados por terceros independientes no puedan acogerse a la exención en el IVA, por lo que deberían facturarse repercutiendo el impuesto.

Con frecuencia, ese IVA soportado en los servicios prestados por terceros no es deducible por el operador financiero, ya que aquéllos son utilizados para prestar servicios financieros exentos y, por lo tanto, pasan a formar parte de sus costes.

— *Modelos empresariales no óptimos desde el punto de vista empresarial.* En un intento por reducir el coste

por el IVA soportado no deducible, los operadores financieros pueden tomar una serie de decisiones empresariales que no sean óptimas desde otros puntos de vista, como por ejemplo:

a) Localización del Estado miembro en el que llevar a cabo las operaciones financieras

Los operadores financieros se pueden ver motivados para realizar sus inversiones en un Estado miembro determinado, únicamente porque dicho Estado tiene unos tipos de IVA más bajos o un régimen para los servicios financieros más favorable, como por ejemplo: Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda o Bélgica.

b) Integración vertical. Estructura basada en sucursales

La exención en el IVA de los servicios financieros puede llegar a constituir un incentivo para la integración vertical de estos operadores, basada en el establecimiento de sucursales, y un desincentivo para la integración horizontal o de creación de filiales.

Con carácter general, cuando una empresa presta servicios a otra, está obligada a repercutir el IVA, aunque la sociedad destinataria del servicio sea una sociedad filial propiedad 100 por 100 de la primera. Esta repercusión del Impuesto no sería necesaria si el Estado miembro en el que se encuentran establecidas las dos empresas hubiera optado por la aplicación del régimen especial de los grupos en el IVA. Por el contrario, los servicios prestados entre dos sucursales de una misma empresa no tienen la consideración de servicios sujetos a efectos del Impuesto, por lo que no habrá que repercutir el IVA en la prestación de los mismos (3).

En consecuencia, las entidades que se valen de una estructura sucursal-establecimiento principal, dentro de una sola entidad jurídica, disfrutan de una mayor flexibilidad para la imputación de las operaciones internas sin IVA. El resultado de estas estructuras en términos de IVA es más favorable que el de las empresas con una estructura matriz-filial.

2. Distorsiones causadas a los clientes de servicios financieros

2.1. Clientes que son sujetos pasivos del Impuesto

Cuando los servicios financieros son prestados a sujetos pasivos del Impuesto, se produce un incremento de la carga total de éste derivado de la interrupción de la cadena de deducciones, y del hecho de que los operadores financieros tratan de repercutir el IVA soportado no deducible de forma oculta, mediante un aumen-

to del precio de los servicios. Esto produce un efecto acumulativo, o en cascada, sobre los productos que se hayan obtenido con financiación de estas entidades. Estos productos soportarán el impuesto liquidado por su entrega más la parte del impuesto oculto incluido en el precio de los servicios financieros. Debido a este efecto, el IVA que no ha podido deducir el operador financiero y que le supone un coste que intentará trasladar, se recupera en la siguiente fase, resultando beneficiada la Hacienda del Estado en que se realice la operación. Con ello, los bienes y servicios en cuya obtención se ha utilizado este tipo de financiación resultarán gravados en mayor proporción que los que no han contado con ella, lo que supone una discriminación en contra de aquéllos y un estímulo para disminuir su consumo.

2.2. Clientes que son consumidores finales

Los clientes que no sean sujetos pasivos del Impuesto, en principio, experimentan un beneficio como consecuencia de la exención, al recibir los servicios sin IVA, pero dicho ahorro no será equivalente al resultado de aplicar el tipo impositivo al precio del servicio exento, sino solo al importe correspondiente al valor añadido por el operador que realiza la operación exenta. El impuesto correspondiente a las fases anteriores ha sido ingresado en el Tesoro público, y supone un coste soportado por los operadores financieros que estos tratarán de recuperar mediante un aumento del precio de sus servicios. Además, en el caso de los consumidores finales, sus posibilidades para encontrar financiación alternativa son menores que para las empresas.

3. Distorsiones causadas al Tesoro público

Las exenciones de los servicios financieros en el IVA también pueden ser evaluadas por el efecto que tienen sobre los ingresos de los estados miembros, aunque no es fácil determinar si favorecen los incrementos o las disminuciones de la recaudación. Así, cuando los servicios financieros son prestados a sujetos pasivos del Impuesto, se produce un incremento de la carga total de éste y, por lo tanto, de la recaudación, derivado de la interrupción de la cadena de deducciones y del hecho de que los operadores financieros tratan de repercutir el IVA soportado no deducible de forma oculta, mediante un aumento del precio de los servicios. Esto produce un efecto acumulativo, o en cascada, sobre los productos que se hayan obtenido con financiación de estas entidades. Por el contrario, se produciría una disminución de la recaudación cuando los servicios financieros sean prestados a consumidores finales. El efecto neto varía de un Estado miembro a otro, dependiendo de la proporción en que se encuentren las dos clases de operaciones.

IV. LOS SERVICIOS FINANCIEROS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Como hemos comentado anteriormente, las dificultades para delimitar con claridad qué operaciones financieras se encontraban exentas, y cuáles no, ha provocado numerosos conflictos entre los diferentes operadores financieros y los estados miembros, lo que ha traído como consecuencia un creciente número de asuntos planteados ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A este respecto, el TJUE ha desarrollado una extensa jurisprudencia en torno a las exenciones contempladas en el artículo 13 (B) de la Sexta Directiva (actual artículo 135 (1) de la Directiva 2006/112/CE), basada en tres pilares fundamentales. Estos tres pilares son:

1) Los términos empleados para designar las exenciones en el IVA deben ser interpretados estrictamente, puesto que constituyen excepciones al principio general relativo a que cada servicio prestado por un sujeto pasivo está sujeto a este impuesto.

2) La naturaleza del servicio es lo importante. No importa quién preste el servicio o cómo se preste.

3) La interpretación de las exenciones debe respetar el principio de neutralidad fiscal.

Los tres pilares anteriores se apoyan en otros tres pilares adicionales, que surgen de la específica jurisprudencia del TJUE en relación con los servicios financieros:

a) Las exenciones de los servicios financieros constituyen conceptos autónomos del derecho comunitario, y requieren por tanto una definición uniforme establecida por el derecho comunitario. Para evitar distorsiones en la competencia entre de los diferentes estados miembros de la Unión Europea, se debe garantizar que las exenciones sean aplicadas de manera uniforme en la Comunidad. Este objetivo se puede poner en peligro si las exenciones son concretadas por conceptos de derecho nacional, que pueden divergir mucho de un Estado miembro a otro.

b) Las exenciones deben ser interpretadas de acuerdo con el contexto y la finalidad de las normas de las cuales forman parte y, al hacer eso, el TJUE debe analizar el propósito que el legislador perseguía en el momento en el que las actuales reglas fueron introducidas, es decir, en 1977.

c) El tercer principio se basa en dos elementos fundamentales: en primer lugar, el TJUE debe conseguir lograr una coherencia entre las distintas exenciones contempladas en el artículo 135 (1) de la Directiva 2006/112/CE

(antiguo artículo 13 (B) de la Sexta Directiva). Y en segundo lugar, el TJUE, debe decidir cuál será el impacto que tendrá para los servicios financieros la elaboración de normas comunitarias horizontales sobre la interpretación de los términos de las exenciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

V. POSIBLES ALTERNATIVAS AL RÉGIMEN ACTUAL

Son varias las medidas que se pueden adoptar como posibles alternativas al tratamiento actual de las operaciones financieras en el IVA, algunas de las cuales ya se usan en algunos países.

1. Ampliación del ámbito actual de la exención

Esta medida consiste en ampliar el ámbito de las actuales exenciones para los servicios B2B (es decir, para las operaciones realizadas entre empresas).

La ampliación de las actuales exenciones se podría hacer de dos formas:

a) Incluyendo dentro del ámbito de la exención a operaciones que se encuentran por detrás en la cadena de servicios, de forma que, operaciones que en la actualidad están sujetas pasarían a estar exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

b) Aclarando el ámbito de aplicación de las exenciones actuales, para así garantizar una aplicación más uniforme en todos los estados miembros.

La aplicación de esta medida presentaría las siguientes ventajas:

— Solucionaría algunos de los problemas del IVA soportado no deducible. Por ejemplo, si los servicios externalizados estuvieran también exentos, no tendrían que soportar un coste adicional por el IVA soportado no deducible. Esto permitiría a los operadores explotar algunas estrategias que aumentarían su competitividad.

— Se trata de una medida de fácil implantación, puesto que podría ser incorporada mediante una modernización de la definición de los servicios exentos. El artículo 135 (1) (b) a (f) de la Directiva 2006/112/CE (antiguo artículo 13 (B) (d) (1) a (5) de la Sexta Directiva) se puede modificar para incluir a las modernas operaciones bancarias, más complejas y sofisticadas que las existentes en 1977.

— Las exenciones actuales podrían ampliarse no sólo para incluir a las operaciones bancarias principales, sino también para eximir a los actuales sistemas de distribución.

Por el contrario, esta medida presentaría los siguientes inconvenientes:

— Los operadores financieros pueden externalizar o compartir la mayoría de sus servicios, por lo que definir las fronteras de las exenciones llegaría a ser casi imposible. Esto dificultaría la compatibilidad entre la normativa reguladora del IVA y la jurisprudencia emanada del TJUE, según la cual, la naturaleza del servicio es la que determina si dicho servicio está amparado por la exención y no el sujeto pasivo que lo preste o cómo se preste.

— Las normas nacionales aplicables a la externalización divergen considerablemente de un Estado miembro a otro, por lo que integrar los diferentes enfoques en un único sistema sería muy difícil.

— La ampliación del ámbito actual de las exenciones de los servicios financieros podría ser difícil de gestionar por las autoridades fiscales de los diferentes estados miembros, ya que tendrían que resolver individualmente muchas de las situaciones que se pudieran dar.

— Al incluir un mayor número de actividades exentas, existiría el riesgo de que los problemas asociados al IVA soportado no deducible fueran desplazados hacia otro sector.

2. Reducción del alcance de la exención en los servicios B2B

Esta medida es precisamente la opuesta a la anterior, y consiste en reducir el alcance de las exenciones actuales para los servicios B2B.

La aplicación de esta medida presentaría las siguientes ventajas:

— Esta medida permitiría ampliar la base imponible de los operadores financieros, y reduciría así sus costes por el IVA soportado no deducible.

— Los destinatarios de las operaciones financieras que fueran sujetos pasivos del Impuesto podrían deducir el IVA soportado en aquellas.

Por el contrario, con el establecimiento de esta medida surgirían muchos problemas en cuanto a la valoración de determinadas operaciones financieras, que ahora quedarían sometidas a tributación. Esto conllevaría altos costes administrativos tanto para los operadores financieros como para las autoridades fiscales, por lo que esta medida se acabaría limitando en la práctica a aquellos servicios cuyo precio estuviera basado en una comisión o una prima.

3. Posibilidad de optar por la tributación en los servicios B2B

Esta medida consiste en otorgar a los operadores financieros el derecho a optar por la tributación de los servicios financieros prestados a otros sujetos pasivos. Esta medida permitiría recuperar el IVA soportado en los bienes y servicios adquiridos para poder prestar el servicio, ya que podrían atribuirse a una operación sujeta posterior.

La opción por la tributación de los servicios financieros está actualmente a disposición de los estados miembros en virtud del artículo 137 (1) (a) de la Directiva 2006/112/CE (antiguo artículo 13 (C) (b) de la Sexta Directiva). Sin embargo, dicha disposición no es obligatoria para los estados miembros, es decir, pueden hacer uso de ella o no. Actualmente sólo cinco estados miembros han hecho uso de ella: Alemania, Bélgica, Francia, Lituania y Estonia.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, antes de establecer esta medida, habría que resolver las siguientes cuestiones prácticas:

a) Si es necesario solicitar el consentimiento del destinatario de los servicios o la autorización expresa de la autoridad fiscal correspondiente, o al menos una comunicación.

b) Si la opción por tributación puede ejercitarse con respecto a cada operación, con respecto a cada cliente o con respecto al conjunto de la actividad.

Las ventajas que presentaría la aplicación de esta medida son las siguientes:

— Esta medida es de fácil implantación, puesto que sólo se necesitaría modificar la Directiva 2006/112/CE para así garantizar que todos los estados miembros de la Unión Europea permitiesen a los sujetos pasivos residentes en dichos estados el derecho a aplicar dicha opción. Esto ayudaría a lograr una mayor uniformidad y neutralidad en toda la Unión Europea. No obstante, la opción por la tributación tendría que estar sometida a unas condiciones precisas, que permitieran asociar el IVA repercutido por los operadores financieros al IVA soportado en la prestación de los citados servicios financieros sujetos, sin tener que incurrir por ello en excesivos gastos administrativos.

— Aumentaría la competitividad del sector, ya que permitiría a los operadores deducir el IVA soportado, reduciendo así sus costes.

— Es una solución equitativa porque concede a los operadores financieros los mismos derechos que a otros operadores.

— Esta solución es compatible con la jurisprudencia del TJUE. Los términos utilizados para definir las exenciones de los servicios financieros pueden continuar siendo interpretados estrictamente, es decir, la naturaleza de los servicios continuaría desempeñando un papel fundamental para determinar si un determinado servicio está o no exento del IVA. Asimismo, el principio de neutralidad, también sería respetado con la aplicación de esta solución.

— Dentro del marco regulador descrito en el Libro Blanco sobre política de los servicios financieros, los operadores financieros tienen inevitablemente que desarrollar herramientas de gestión de costes específicas para sus productos, para medir su competitividad y verificar si cumplen las normas establecidas, como por ejemplo, las emanadas de Basilea II. Por lo tanto, el incentivo adicional de poder deducir el IVA soportado calculado por estas herramientas de gestión representaría un incentivo adicional, y contribuiría a la competitividad de los operadores implicados.

— La opción por la tributación de los servicios financieros prestados a sujetos pasivos del impuesto generaría seguridad jurídica para los operadores financieros implicados, lo que les permitiría tener una perspectiva a largo plazo de su negocio, asegurando así sus inversiones.

No obstante, la aplicación de esta medida también presentaría los siguientes inconvenientes:

— Esta solución no eliminaría por completo el coste por el IVA soportado no deducible, pues sólo se aplicaría a los servicios B2B.

— Esta solución se podría aplicar fácilmente a aquellos servicios cuyo precio estuviera basado en comisiones o primas, pero implicaría muchos problemas de valoración si se aplicara a servicios cuya contraprestación está basada en un margen financiero.

— Implantar esta opción requiere tiempo y considerables inversiones para los operadores financieros, particularmente en aquellos estados miembros donde la opción no está actualmente disponible. Así la carga de distinguir entre las operaciones del tipo B2B y del tipo B2C constituiría una obligación incómoda para los operadores implicados.

— En los servicios transfronterizos, en los cuales el sujeto pasivo es el destinatario de la operación, existiría la necesidad de comunicar que el operador financiero que presta el servicio ha optado por someter éste a tributación, para que así las autoridades fiscales del estado miembro de residencia del destinatario pudieran ejercer el debido control fiscal.

— La aplicación de esta medida supondría una reducción de los ingresos de los estados miembros, puesto que la reducción del impuesto soportado por los operadores financieros reducirá, en principio, el coste de los servicios financieros prestados a otras empresas.

4. Aplicación del tipo impositivo cero

Esta medida consiste en la aplicación del tipo impositivo cero a determinados servicios financieros. De esta forma, los operadores financieros no tendrían que repercutir el impuesto sobre determinados servicios, pero podrían recuperar el IVA soportado asociado a éstos. Las ventajas de aplicar esta solución serían las siguientes:

— La aplicación de esta medida implicaría que los operadores financieros podrían deducir el IVA soportado en la prestación de sus servicios, lo que provocaría una reducción de sus precios y, por tanto, un incremento de la competitividad del sector financiero europeo.

— La solución no elimina completamente el problema del IVA soportado no deducible, pero lo reduce para aquellos servicios en los que se aplica el tipo impositivo cero.

— Puede aplicarse a operaciones cuya contraprestación esté basada tanto en comisiones como en el margen.

— La aplicación del tipo impositivo cero tiene la ventaja de ser una solución clara y transparente, y de fácil implantación.

— La aplicación de esta medida evita la desnaturalización del IVA, que supone que la carga del Impuesto sea soportada por las empresas.

No obstante, la aplicación de esta medida también presentaría los siguientes inconvenientes:

— La aplicación de esta medida no es plenamente compatible con la integridad global del sistema del IVA. Así, la aplicación del tipo impositivo cero para un determinado sector económico constituiría una importante brecha para el sistema del Impuesto sobre el Valor Añadido.

— Hay ciertas obligaciones de contabilidad y de información asociadas a la aplicación de esta medida que pueden incrementar los riesgos en términos de control, y que seguramente añadirían complejidad al sistema. No obstante, hay que señalar que aquellas actividades a las que ya se les está aplicando el tipo impositivo cero cuentan con programas informáticos de contabilidad para tratar tales obligaciones.

— El sistema general del IVA, con la excepción de las operaciones intracomunitarias, no prevé una distinción de las operaciones sobre la base de la capacidad de un cliente para poder deducirse el impuesto soportado y, por lo tanto, se necesitaría introducir medidas que solucionaran este problema. Teniendo como punto de partida el actual sistema de la exención, hay que señalar que la base imponible no siempre será obvia. El operador debería identificar la base imponible, con el fin de permitir al cliente que ha adquirido el servicio de otro, con otros fines que los completamente fiscales, contabilizar el IVA correctamente.

— La aplicación de esta medida tendría efectos presupuestarios negativos para los estados miembros, puesto que permitiría solucionar el incremento de la carga total del impuesto que se produce como consecuencia de la interrupción de la cadena de deducciones, cuando los servicios financieros exentos son prestados a sujetos pasivos del impuesto, y del hecho de que los operadores financieros tratan de repercutir ese IVA soportado no deducible de forma oculta, mediante un aumento del precio de los servicios. Asimismo, asegurar la aplicación correcta de esta medida aumentaría los costes administrativos para las autoridades fiscales.

5. El establecimiento del régimen de los grupos IVA con carácter obligatorio

a) Grupos de IVA nacionales

Esta medida consiste en el establecimiento con carácter obligatorio para todos los estados miembros del régimen de los grupos nacionales en el IVA. Se trataría de una opción que podrían ejercitar los sujetos pasivos que lo consideraran conveniente, sin que fuese una medida obligatoria para ellos. De esta forma se igualarían las condiciones de los operadores financieros en la Unión Europea, ya que actualmente este tipo de régimen sólo se permite en algunos estados miembros (Austria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Hungría, Irlanda, Italia, Holanda, Reino Unido, Suecia y España).

Lo que supone este régimen, en definitiva, es considerar como sujetos pasivos únicos a los grupos, sin que tengan ese carácter las sociedades que los integran, por lo que las operaciones realizadas entre ellas quedan al margen del impuesto.

La ausencia de este tipo de régimen en los estados miembros parece estar teniendo las siguientes consecuencias:

— Provoca un coste para las organizaciones empresariales por el IVA repercutido en las operaciones intra-grupo y por los servicios compartidos.

— Tiene un efecto significativo en la toma de decisiones para localizar las operaciones de servicios financieros.

— Tiene incidencia en la elección de la estructura empresarial del grupo, con una tendencia clara hacia estructuras empresariales basadas en sucursales en lugar de en filiales.

Para aplicar esta medida, las regulaciones nacionales de estos grupos deberán precisar las condiciones que deben concurrir para que se entienda que existe vinculación financiera, organizativa y económica. La primera hace referencia a la existencia de control, que puede determinarse a través de la participación en los capitales sociales o a través de un acuerdo contractual, la segunda en la dirección conjunta de las entidades que los integran a través de una estructura común y la tercera a la persecución de los mismos objetivos económicos. También deberían precisar el campo de aplicación del régimen, si se puede acoger a él cualquier actividad o si se excluyen de él determinados sectores o ramas de actividad.

Las ventajas de aplicar esta solución serían las siguientes:

— La aplicación de esta medida permite dar flexibilidad a la definición de sujeto pasivo, permitiendo desligarla de la noción de independencia puramente jurídica de las empresas.

— El establecimiento a escala europea del régimen de los grupos transfronterizos en el IVA tendría como ventaja una aplicación más armonizada de las disposiciones nacionales sobre los grupos, así como ayudaría a reducir los costes de cumplimiento de las diferentes disposiciones nacionales sobre grupos, creando una mayor seguridad jurídica.

— El establecimiento de esta medida parece tener un impacto pequeño en los presupuestos de los estados, puesto que se vería compensado con los beneficios derivados de otros aspectos, tales como puestos de trabajo, crecimiento y mayores cuotas del impuesto sobre sociedades.

— Asimismo, otorgaría a los operadores financieros mayor flexibilidad para reaccionar a las presiones competitivas y, por lo tanto, ayudaría a reforzar la competitividad del sector europeo, cumpliendo así con los objetivos previstos en la Agenda de Lisboa.

— Para convertir en obligatorio el régimen de los grupos de IVA nacionales bastaría con una modificación de la Directiva 2006/112/CE.

b) Grupos de IVA transfronterizos

Esta medida consiste en el establecimiento con carácter obligatorio para todos los estados miembros de la Unión Europea del régimen de los grupos transfronterizos en el IVA. Esto permitiría a los operadores financieros reducir los costes de IVA asociados a las operaciones transfronterizas y establecer el mismo tratamiento fiscal a las estructuras corporativas basadas en sucursales y en filiales.

En la actualidad, sólo dos estados miembros (Reino Unido y Países Bajos) permiten los grupos transfronterizos en el IVA, y sólo respecto de sus propios IVA y dentro de unas circunstancias cuidadosamente definidas. Esto provoca una desigualdad de las condiciones para los distintos operadores financieros dentro de la propia Unión Europea. Y si el mercado único significa un único mercado y no 27 mercados distintos, entonces, es inevitable obligar a los estados miembros a que permitan los grupos transfronterizos en el IVA. Sin embargo, sería preciso realizar algunos ajustes en los mecanismos de recaudación actualmente previstos para poder hacer un seguimiento, siempre que sea posible, de las entregas y servicios eventuales. Esto implicaría, por supuesto, la necesidad de una mayor cooperación entre las autoridades fiscales de los distintos estados miembros.

Las ventajas que presentaría la aplicación de esta medida son las siguientes:

— La ausencia del régimen de los grupos de IVA transfronterizos genera una enorme burocracia en las operaciones transfronterizas entre entidades del mismo grupo residentes en diferentes estados miembros. Por lo tanto, el establecimiento de esta medida permitiría reducir los costes administrativos de los estados miembros y aumentar la calidad de su supervisión fiscal. Al mismo tiempo, podría reducir los gastos administrativos del destinatario de los servicios dentro de dicho grupo.

— El régimen de los grupos transfronterizos en el IVA podría suponer para los estados miembros una alternativa interesante al régimen de la «Sociedad Europea» (4), en virtud del cual no se considera que se ha prestado un servicio sujeto al IVA cuando dicho servicio ha sido prestado por las diferentes ramas de la sociedad establecidas en diferentes estados miembros, sin llevar a cabo el pertinente control fiscal.

No obstante, la aplicación de esta medida presentaría los siguientes inconvenientes:

— La experiencia ha demostrado que los estados miembros han limitado el entusiasmo por esta medida debido a las posibles pérdidas de ingresos en concep-

to de IVA, los riesgos de manipulación y el incremento de costes administrativos.

— Se trata de un concepto nuevo, y su aplicación requeriría llegar a un acuerdo sobre los estándares y procedimientos de información.

En cualquier caso, conviene destacar la utilización del artículo 132 (1) (f) de la Directiva 2006/112/CE (antiguo artículo 13 (A) (1) (f) de la Sexta Directiva) como una disposición cuasi-grupo. Aunque es una disposición obligatoria, todavía no ha sido puesta en práctica en todos los estados miembros. De conformidad con la normativa actualmente en vigor, los acuerdos sobre reparto de costes adoptados en el seno de agrupaciones de interés público que realizan operaciones exentas, o no sujetas, están amparadas por la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

La aplicación de esta disposición a los servicios financieros no ha sido todavía analizada por el TJUE y, por lo tanto, no está claro si podría ser aplicada a este tipo de servicios. Asimismo, como ya hemos comentado, no todos los estados miembros la han puesto en práctica y sólo algunos de los que lo han hecho han decidido aplicarla a los servicios financieros. No obstante, esta disposición promete como posible mecanismo que permita unificar el tratamiento en el IVA de los acuerdos sobre reparto de costes.

6. Aclaración y armonización del régimen sobre acuerdos de reparto de costes

Un acuerdo sobre reparto de costes constituye un acuerdo entre empresas cuyo objeto es compartir los riesgos y costes que conlleva desarrollar, producir o adquirir un activo, servicio o derecho de forma conjunta.

La Directiva 2006/112/CE establece ya la posibilidad de una exención para los mecanismos de reparto de costes en determinadas circunstancias. No obstante, el distinto grado de implementación y los requisitos para su aplicación en los distintos estados miembros hacen aconsejable su armonización. Por lo tanto, esta medida consistiría en establecer una interpretación clara y definitiva sobre el régimen de IVA aplicable a los acuerdos de reparto de costes, para así poder hacer frente a la actual situación.

Esta medida podría adoptarse de dos maneras.

a) Mediante una disposición específica sobre los mecanismos de reparto de costes en la prestación de servicios financieros exentos. En la práctica, este enfoque consistiría en una medida sectorial, cuyas ventajas serían limitadas.

b) Mediante un acceso más generalizado a la exención por reparto de costes, con vistas a integrar los mecanismos transfronterizos y los terceros proveedores de servicios que no sean operadores financieros. Estas disposiciones existen en la actualidad dentro de los estados miembros, pero la mejor manera de lograr su aplicación más general sería aclarando la actual Directiva.

Las ventajas que presentaría la aplicación de esta medida son las siguientes:

— Una orientación europea indicando que la disposición es aplicable en un entorno empresarial, y que cualquier servicio financiero estará exento del IVA, podría crear mayor seguridad jurídica y una aplicación más uniforme en todos los estados miembros.

— La exención por reparto de costes puede reducir considerablemente la fragmentación del mercado, al permitir a las distintas ramas del sector agruparse para reducir costes y a las empresas adoptar decisiones estratégicas en condiciones de neutralidad.

No obstante, antes de aplicar esta medida deberían resolverse aspectos como la forma correcta de tratar las operaciones intracomunitarias y, posiblemente, el establecimiento de requisitos de información adicionales.

7. Cálculos más refinados para la recuperación del IVA soportado

La diversidad que existe en la actualidad en cuanto al alcance y la complejidad de los métodos utilizados para calcular la cantidad de IVA soportado deducible abarca desde métodos de prorata inflexibles y únicos hasta complejos métodos sectorizados. Esto provoca complejidad, inseguridad jurídica, distorsiones en la competencia entre sujetos pasivos establecidos en distintos estados miembros y altos costes de cumplimiento. Por lo tanto, esta medida consistiría en establecer cálculos más refinados y sencillos para la recuperación del IVA soportado a escala europea.

Las ventajas que presentaría la aplicación de esta medida son las siguientes:

— Permitir a los sujetos pasivos que puedan optar por aplicar un método fijo para la recuperación del IVA soportado podría suponer una gran simplificación.

— Un sistema basado en el método aplicado en Singapur, en virtud del cual se puede recuperar un porcentaje fijo de IVA soportado, puede ser muy beneficioso para las pequeñas empresas que no cuentan con los recursos necesarios para operar con un sistema de prorata complicado o un método especial.

— Una orientación europea, que no requiere ningún cambio legislativo, podría ayudar a identificar el alcance y la aplicación de los métodos especiales comunes, así como el cálculo del volumen de negocios utilizado por los sujetos pasivos de todos los estados miembros. De este modo, se conseguiría eliminar la ventaja competitiva de la que actualmente gozan determinados operadores financieros únicamente como resultado de su ubicación.

— La experiencia ha demostrado que los estados miembros con métodos más refinados tienen servicios financieros más eficientes que los estados miembros que no los tienen.

No obstante, hay que tener en cuenta que la aplicación de un régimen especial trae consigo sus propias dificultades en cuanto a la definición de los límites y de las fronteras.

8. Aplicación de una deducción limitada y uniforme del IVA soportado

Esta medida consiste en establecer un tipo fijo de IVA soportado deducible que se aplique de manera general a todas las adquisiciones de bienes o servicios, o a un grupo predefinido de ellos.

El objetivo de esta medida sería permitir a los operadores financieros recuperar una parte del IVA soportado, de modo que se encontrasen en una situación similar a la que se hubiera producido si el bien o servicio se hubiera generado internamente.

Para la aplicación de esta medida, los estados miembros tienen que determinar qué porcentaje de IVA soportado deducible es relevante para el servicio en cuestión. Por ejemplo, Australia y Singapur han adoptado un modelo simplificado de deducción limitada del IVA soportado basado en los costes salariales estimados necesarios para la prestación del servicio, más el valor añadido del proveedor del servicio.

Las ventajas que ofrecería la aplicación de esta medida serían las siguientes:

— Eliminaría el actual sesgo en favor de la integración vertical, en contra de la utilización de centros de servicios compartidos, externalizados, etcétera, y mejoraría la competitividad del sector.

— Es una medida simple de aplicar, y la práctica ha demostrado su viabilidad.

— Evita tener que examinar cada supuesto individualmente.

— Podría combinarse con un sistema de prorrateo simplificado para las PYME.

Por el contrario, la aplicación de esta medida presentaría los siguientes inconvenientes:

— Como los tipos de recuperación varían significativamente de un estado miembro a otro, podría ser extremadamente difícil llegar a un acuerdo sobre el tipo común de recuperación. Las razones para la existencia de diferencias en los tipos de recuperación no son siempre evidentes. Además, la existencia de un rango de tipos de IVA estándares no hace más fácil el objetivo de alcanzar un nivel de juego común.

— Representaría un cambio sustancial en la estructura del sistema actual del Impuesto sobre el Valor Añadido.

9. Orientación europea

Todas las medidas anteriores podrían potenciar sus ventajas con la incorporación de una orientación europea clara sobre las normas de IVA aplicables, para así poder eliminar las diferencias nacionales existentes en relación con la aplicación del IVA en el sector financiero y de seguros.

La aplicación de esta medida permitiría reducir la necesidad de los sujetos pasivos y de las autoridades fiscales de tener que recurrir a los tribunales nacionales y europeos para solucionar sus discrepancias.

Para la aplicación de esta medida, sería necesaria la creación de un foro o grupo de trabajo de IVA que se encargara de los acuerdos sobre la orientación europea y la creación de la documentación sobre las directrices propuestas en forma de libro azul o documento orientativo.

El método previsto para su ejecución sería a través de presentaciones al Comité del IVA, quien haría a su vez las propuestas al Consejo Europeo. Posteriormente, el Consejo podría poner en práctica las propuestas a través de un Reglamento que tendría un efecto inmediato y directo en todos los estados miembros. Así las cuestiones menos conflictivas sobre servicios financieros podrían ser rápidamente solucionadas.

Para que la orientación europea fuera eficaz, la Comisión Europea, en última instancia, tendría que garantizar que la orientación fuera aplicada y, si no fuera así, hacerla cumplir.

Las ventajas que ofrecería la aplicación de esta medida serían las siguientes:

— Una aplicación incoherente de las actuales normas del IVA tiene efectos negativos. En algunos supuestos, esta incoherencia está motivada por la discrecionalidad otorgada por la Ley originaria. La eliminación con éxito de estas inconsistencias y la aplicación uniforme de las normas del IVA generaría mayor seguridad jurídica.

— La orientación europea no requiere de ningún cambio legislativo.

No obstante, hay que tener en cuenta que una orientación europea uniforme, si no va acompañada de otros cambios sustanciales, no solucionará las distorsiones actuales.

10. Combinación de soluciones

a) Ampliación del ámbito actual de las exenciones con la opción por la tributación en las operaciones financieras B2B. Esta solución daría más flexibilidad a los operadores para que gestionaran su IVA soportado.

b) Grupos de IVA obligatorios combinados con acuerdos sobre reparto de costes. Esta combinación de medidas ofrecería al sector financiero la necesaria flexibilidad para estructurar sus planes de negocio y así maximizar su posición competitiva en un mercado mundial, en cumplimiento con los objetivos de Lisboa.

c) Deducción limitada y uniforme del IVA soportado con cálculos más refinados para la recuperación del IVA soportado. Esta medida ofrecería una solución más completa para los impactos identificados de los métodos actuales de recuperación del IVA soportado en el sector de servicios financieros.

La aplicación de las anteriores medidas y, por tanto, la solución de las actuales distorsiones existentes en el IVA, podría tener impactos en diferentes ámbitos.

— *Impacto en el empleo:*

La aplicación de medidas alternativas al régimen actual en el IVA de los servicios financieros garantizaría el empleo directo en el sector financiero y generaría empleo indirecto en otros sectores, como el de las TIC (tecnologías de la información y la comunicación) y otros proveedores de servicios de externalización (como proveedores de *hardware*, servicios de seguridad, proveedores de servicios para la construcción, etc.). Estas propuestas deberían impedir que los operadores europeos deslocalicen sus operaciones, ya que, si se aplican de manera eficaz, las nuevas normas pueden ofrecer una opción atractiva para que las empresas centralicen sus actividades o las subcontraten en el interior de la Unión Europea.

— *Impacto para los operadores financieros:*

Al aplicarse las medidas anteriores se incrementaría la seguridad jurídica y, en consecuencia, se reducirían los costes de cumplimiento. En la actualidad, las empresas tienen que verificar cómo se interpreta la exención en cada estado miembro, y muchas veces tienen que recurrir al TJUE. Esto supone un gran gasto y un obstáculo para la integración europea y para la competitividad internacional.

Una interpretación coherente conseguiría que el sistema que se aplicase en un estado miembro fuera válido en el resto de estados miembros. Además, el acceso más general a los mecanismos de reparto de costes y la opción por la tributación ayudaría a los operadores financieros a gestionar mejor el impacto del IVA soportado no deducible en su estructura de costes internos. Así se incrementará la rentabilidad de los operadores financieros, al permitirles competir mejor en el mercado mundial y reducir el coste de la financiación para la economía europea y los consumidores en general

— *Impacto presupuestario para las administraciones fiscales nacionales:*

El incremento de la seguridad jurídica garantizaría los derechos impositivos de los estados miembros y reduciría las posibilidades de una planificación fiscal radical.

Por otra parte, la carga administrativa de las administraciones fiscales nacionales debería reducirse al ser más claras las normas sobre exenciones.

No obstante, no se puede excluir que, en algunos estados miembros, ciertos servicios que ahora se consideran sujetos pasasen a estar exentos, y viceversa. Aun así, el efecto global de todas estas incidencias financieras sería pequeño, e incluso neutro, ya que los operadores financieros más rentables tendrían que pagar más impuestos directos, contribuyendo así a las arcas públicas. Además, buena parte del IVA que teóricamente se perdería en los supuestos de aplicación de los mecanismos de reparto de costes no se recauda en la actualidad, ya que los operadores reducen al mínimo este coste mediante medidas organizativas complejas y costosas desde el punto de vista administrativo.

Sin embargo, hay que señalar que es difícil calcular el efecto de estas soluciones para el IVA. En gran parte dependerá de cómo reaccionen a los cambios los operadores financieros. En cuanto al reparto de costes, la reducción de los impuestos recaudados depende de si ya existen mecanismos y si están sujetos al IVA o no. Si las nuevas normas animan a los operadores financieros a establecer mecanismos orientados a la eficacia que

de otro modo no habrían contemplado, no habrá pérdida del IVA. Si ya existen los mecanismos y están sujetos al IVA, puede haber una pérdida de ingresos a causa de un mayor alivio fiscal. En cuanto a los cambios en las normas por la opción por la tributación, es de esperar una pérdida de impuestos netos en las operaciones B2B, ya que los destinatarios de servicios financieros que son sujetos pasivos podrán, con carácter general, recuperar el IVA que pagan.

VI. OPINIÓN DEL SECTOR

Como se comentó al comienzo de este trabajo, entre el 9 de mayo y el 9 de junio de 2006 la Comisión Europea llevó a cabo una consulta abierta a través de Internet, cuyo objeto era recabar información del sector para decidir si acometer finalmente una posible reforma del IVA en los servicios financieros y de seguros o no.

La consulta estaba basada en un documento que contenía el marco jurídico legal establecido en la Sexta Directiva y las opciones posibles de modificación.

Con carácter general, las respuestas de los interesados permitieron obtener dos conclusiones principales:

— La solución elegida debería aportar mayor seguridad jurídica al régimen actual, para así poder reducir las cargas administrativas de los operadores financieros y de las autoridades fiscales.

— Los intereses de los operadores financieros diferían apreciablemente de los intereses de los operadores de seguros.

El sector de seguros manifestó el siguiente orden de prioridad:

1. El régimen de grupos transfronterizos en el IVA.
2. La modernización de las definiciones.
3. La introducción del tipo impositivo cero.
4. La opción por la tributación.
5. La deducción limitada y uniforme del IVA soportado.

Mientras que el sector bancario manifestó el siguiente:

1. Los grupos transfronterizos en el IVA.
2. La opción por la tributación en las operaciones B2B.

3. La modernización de las definiciones.
4. La introducción del tipo impositivo cero.
5. La deducción limitada y uniforme del IVA soportado.

A continuación, se describen las opiniones del sector financiero en relación con las principales medidas propuestas para solucionar las distorsiones provocadas por el régimen actual de los servicios financieros en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

1. Modernización de las operaciones

La mayoría del sector se mostró a favor de la modernización de las actuales definiciones de los servicios financieros, para que así puedan reflejar mejor la realidad de las actuales prácticas comerciales.

A este respecto, opinaban que la nueva redacción de las definiciones debería tener en cuenta otro tipo de normativa comunitaria aplicable a los sectores empresariales afectados, para que de esta manera las decisiones comerciales no estuvieran influenciadas exclusivamente por razones fiscales.

Asimismo, los que participaron mostraron especial interés en que las nuevas definiciones incluyeran, dentro del ámbito de aplicación de la exención, a los servicios externalizados. No obstante, la mayoría de los operadores era consciente de que la modernización de las definiciones no iba a solucionar completamente el problema de la externalización.

Por último, algunos de los participantes sugirieron que los criterios para la aplicación de la exención estuvieran basados en la naturaleza del servicio prestado, siguiendo así el criterio manifestado por el TJUE en la sentencia SDC.

2. Régimen de los grupos transfronterizos en el IVA

La mayoría del sector también se mostró a favor del establecimiento de esta medida. Ésta fue sin duda la medida favorita de los operadores financieros, pero también eran conscientes de la dificultad de su aplicación, ya que los estados miembros se iban a mostrar cautelosos por sus posibles implicaciones presupuestarias.

Muchos operadores hicieron hincapié en que las estructuras basadas en sucursales se benefician de un régimen en el IVA más favorable que las estructuras basadas en filiales, favoreciendo de esta forma la inte-

gración vertical frente a la integración horizontal. En un contexto como el actual, el régimen de los grupos transfronterizos en el IVA permitiría equiparar el régimen de las estructuras basadas en sucursales al régimen de las estructuras basadas en filiales.

En ese contexto, la opinión generalizada del sector fue que el establecimiento de esta medida podría resolver algunos de los problemas asociados a la externalización y a los CSC que no podrían ser resueltos aplicando exclusivamente una modernización de las definiciones actuales.

Por otro lado, los participantes recordaron que tanto la Comisión Europea como los estados miembros, se habían comprometido, a través del Plan de Acción sobre Servicios Financieros, a fomentar la consolidación del sector, y el establecimiento de esa medida ayudaría a cumplir este objetivo.

Por último, algunos participantes matizaron que la introducción del régimen de los grupos transfronterizos en el IVA debería ir acompañada de la opción por la tributación. Los servicios de la Comisión estuvieron de acuerdo en que existía una cierta relación entre ambas medidas, por lo que el establecimiento de la opción por la tributación debería ser analizada conjuntamente con la creación de vehículos transfronterizos en el IVA, incluso aunque esto supusiera un incremento de la pérdida de ingresos para los estados miembros y pudiera constituir una fuerte restricción al resto de posibles opciones.

3. Opción por la tributación en las operaciones B2B

La mayoría de los participantes opinaba que el establecimiento de esta medida debería aplicarse tanto a los servicios financieros como a los servicios de seguros, aunque eran conscientes de que algunos estados miembros se iban a mostrar reacios a su establecimiento en el sector de seguros por el hecho de que actualmente ya aplicaban impuestos sobre la prima de seguros o similares en sus respectivos territorios, por lo que la aplicación de dicha medida podría dar lugar a una doble imposición.

Asimismo, los participantes estaban de acuerdo en que la opción por la tributación debería estar a disposición de los operadores y no de los estados miembros, para que así pudieran contar con mayor flexibilidad para reducir el IVA soportado no deducible en determinadas áreas.

Un punto clave de la opinión del sector fue que las cargas administrativas derivadas de esta medida, tanto para los operadores como para las autoridades fisca-

les, deberían estar contenidas dentro de unos parámetros razonables, de modo que no excediesen de los posibles efectos positivos derivados de su aplicación.

4. Tipo impositivo cero

Una gran parte del sector se mostró a favor de la aplicación de esta medida. No obstante, la mayoría consideró que su establecimiento podía constituir una opción poco realista.

Asimismo, los operadores financieros estuvieron de acuerdo en que el establecimiento de esta medida podría llegar a no ser coherente con los principios fundamentales del IVA, en particular, con el principio de neutralidad. De hecho, se podrían generar importantes distorsiones en la competencia difíciles de justificar con el resto de operadores.

Por último, los operadores también criticaron el establecimiento de esta medida porque les obligaría a diferenciar, de forma permanente y obligatoria, entre los clientes sujetos pasivos y los clientes consumidores finales, siendo en algunos casos prácticamente imposible.

5. Deducción limitada y uniforme del IVA soportado

La mayoría de los operadores financieros opinaba que el establecimiento de esta medida traería más problemas que ventajas. La opinión general fue que los sectores afectados eran tan distintos que sería prácticamente imposible determinar unos porcentajes de recuperación comunes que reflejasen con precisión los costes laborales de las operaciones.

Además, el hecho de que este modelo hubiera sido utilizado con éxito en Australia y Singapur no significaba necesariamente que fuera a funcionar en Europa, puesto que las diferencias existentes entre los citados sistemas provocan que, en la práctica, no puedan ser comparables.

Por otro lado, el establecimiento de dicha medida a favor de determinados sectores crearía importantes distorsiones en la competencia, y el establecimiento de diferentes porcentajes de recuperación para varios sectores diferentes provocaría que el sistema fuese inmanejable.

Ante estas circunstancias, los operadores financieros llegaron a la conclusión de que la aplicación y la gestión de esta medida les generaría elevados costes administrativos que no estaban justificados por el incremento de la seguridad jurídica resultante. De hecho, habría

una constante necesidad de actualizar el sistema, y los operadores financieros tendrían que estar continuamente diferenciando los escenarios en los que pueden aplicar esta medida de aquellos en los que no pueden.

Por último, los operadores también señalaron que el establecimiento de esa medida tampoco sería muy coherente con el sistema general del IVA, por lo que sería preferible el establecimiento de otros métodos para el cálculo del porcentaje de IVA soportado deducible.

VII. REFORMA PROPUESTA POR LA COMISIÓN EUROPEA

1. Propuesta de Directiva

El 28 de noviembre de 2007 la Comisión Europea adoptó una propuesta de Directiva para acometer una reforma de los servicios financieros y de seguros en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

La propuesta tenía dos objetivos:

a) Ofrecer una mayor seguridad jurídica a los operadores y a las autoridades fiscales nacionales, reduciendo las obligaciones administrativas que debían cumplir para aplicar correctamente las normas sobre la exención del IVA a los servicios financieros y de seguros.

b) Reducir la incidencia del IVA oculto en los costes de los operadores financieros y de seguros.

Estos objetivos se pretendían conseguir mediante el establecimiento de tres medidas:

1.1. Clarificación de las normas que regulan la exención del IVA aplicable a los servicios financieros y de seguros

Con esta primera medida, se persigue el propósito de lograr una aplicación más uniforme de dicha exención, ofreciendo a los operadores económicos una mayor seguridad jurídica y reduciendo la carga administrativa que supone para éstos el cumplimiento de tales normas.

Esta medida consiste fundamentalmente en aclarar que:

— Las condiciones para aplicar la exención del IVA se basan en criterios económicos objetivos que evitan que aquéllas dependan de una interpretación fundamentada en conceptos de Derecho privado nacional, que constituye una de las principales causas de que la interpretación y la aplicación difieran entre los estados miembros. Estos criterios económicos objetivos garan-

tizan que la exención del IVA se aplique también a los nuevos servicios que se desarrollen en el futuro, si se ajustan a dichos criterios.

— La exención debe abarcar la entrega de cualquier elemento integrante de un servicio financiero o de seguro que forme un conjunto diferenciado y tenga el carácter específico y esencial del servicio exento de que se trate.

Las nuevas normas introducen un concepto común armonizado de intermediación en relación con los servicios financieros y de seguros.

Asimismo, se ha intentado dar a las nuevas definiciones una mayor coherencia con las normas del mercado interior; por ejemplo, en relación con las normas relativas a los fondos de inversión.

Esta medida se ha llevado a cabo mediante la modificación de la redacción actual del artículo 135 de la Directiva 2006/112/CE y la introducción de un nuevo artículo 135 bis.

1.2. Ampliación de la opción por la tributación existente, mediante la transferencia del derecho a optar por la tributación de los estados miembros a los operadores financieros y de seguros

Se trata de una posibilidad que ya aparece en la redacción originaria de Sexta Directiva, pero cuya aplicación se pretende que sea ahora una potestad del sujeto pasivo y no de los distintos estados miembros. De esta forma, el sector financiero podrá desarrollar su actividad en condiciones más equitativas, condiciones que hasta ahora no habían podido lograrse puesto que muy pocos estados miembros ofrecían a las empresas el derecho a optar, y las exigencias variaban entre unos y otros.

Como es sabido, la mayoría de los servicios prestados por los operadores financieros a sus clientes, salvo contadas excepciones, se encuentran exentos de IVA. La medida supondría la concesión a los operadores financieros de una facultad para renunciar a la aplicación de estas exenciones, quedando, por tanto, sometidas al Impuesto sobre el Valor Añadido.

En principio, la medida no supondrá un encarecimiento de los costes para los usuarios, puesto que su aplicación estaría pensada únicamente en transacciones que tuviesen como destinatarios a sujetos pasivos del impuesto, para las cuales el impuesto, en principio, no representa un coste. Con ello, se aseguraría un tratamiento mucho más neutral, que se traduciría en un incremento significativo de la prorrata de deducción del IVA aplicada por los operadores financieros.

Al mismo tiempo, se ofrece a los estados miembros la flexibilidad necesaria para que ellos mismos puedan determinar las normas de aplicación de esa opción, adaptándolas a sus estructuras nacionales de supervisión fiscal.

Esta medida se llevaría a cabo mediante la introducción de un nuevo artículo 137 bis de la Directiva 2006/112/CE.

1.3. Introducción de un concepto de grupo de reparto de costes, que permite a los operadores realizar sus inversiones conjuntamente y redistribuir los costes de las inversiones del grupo, exentas del IVA, entre sus miembros

Esta figura tampoco supone una novedad. No obstante, el distinto grado de implementación y los requisitos exigidos para su aplicación en los diferentes estados miembros hacían aconsejable una revisión.

Se trata de una medida tendente a evitar que se produzca una distorsión en la competencia en el sector financiero. En efecto, en muchas ocasiones, al objeto de conseguir una mayor eficiencia en sus costes, los grupos financieros de tamaño medio deciden acometer proyectos de manera conjunta con otros operadores independientes (aplicaciones informáticas, tareas administrativas o de gestión, plataformas de recobro, etc). En un gran número de casos, en ausencia de este régimen, la externalización de estos servicios se encontraría sujeta al impuesto, con el consiguiente incremento de los costes. Esta problemática no se plantea con la misma intensidad en los grandes grupos financieros, con mayor capacidad para acometer estos proyectos al nivel interno, y para los cuales esa distorsión puede corregirse a través de otras figuras, como por ejemplo la consolidación fiscal en el IVA. No obstante, en tanto en cuanto no se permita la consolidación internacional fiscal en el IVA, la utilización de esta figura puede resultar también adecuada para determinados grupos financieros con presencia internacional.

Esta medida estaría recogida en el nuevo artículo 137 ter de la Directiva 2006/112/CE.

2. Propuesta de Reglamento

El 28 de noviembre de 2007 la Comisión Europea también adoptó una propuesta de Reglamento en desarrollo de la propuesta de Directiva.

La propuesta de Reglamento contiene disposiciones para la aplicación de los artículos 135 y 135 bis de la Directiva del Consejo 2006/112/CE, relativos a los servicios financieros y de seguros.

Estas disposiciones aclaran las normas que regulan la exención del IVA aplicable a los servicios financieros y de seguros con el fin de lograr una aplicación más uniforme de dicha exención, ofreciendo una mayor seguridad jurídica y reduciendo la carga administrativa de los operadores financieros y de las administraciones fiscales.

Como ya hemos comentado anteriormente, el planteamiento seguido en la reforma consiste en lo siguiente:

- Basar las condiciones para aplicar la exención del IVA en criterios económicos objetivos.

- Aclarar que la exención abarca la entrega de cualquier elemento constitutivo de un servicio financiero o de seguro que forme un conjunto diferenciado y tenga el carácter específico y esencial del servicio exento de que se trate.

- Introducir un concepto común armonizado de intermediación en relación con los servicios financieros y de seguros.

El objetivo del presente reglamento era incrementar el nivel de detalle de ese planteamiento y de los elementos antes expuestos, aportando una mayor seguridad jurídica y reduciendo la carga administrativa para los operadores y las administraciones.

A este respecto, la propuesta de Reglamento enumera los servicios financieros, de seguros, gestión e intermediación que pueden optar a la exención del IVA, así como aquellos servicios que tienen el carácter específico y esencial del servicio exento y que, en consecuencia, pueden acogerse a la exención por derecho propio. De esta forma, el Reglamento elimina las posibles fuentes de litigio al ofrecer, en muchos casos, una solución clara, lo cual aumenta la seguridad jurídica. Sin embargo, vista la complejidad de los servicios financieros y de los mercados de seguros, además de la aparición continua de nuevos productos, estas listas no resultan exhaustivas.

El Reglamento, a diferencia de la Directiva, que necesita trasposición a los ordenamientos internos de los estados miembros, es directamente aplicable y ayudará a reducir considerablemente la carga administrativa de los operadores financieros y las autoridades fiscales. En la práctica, los operadores financieros necesitaban, en muchas ocasiones, el asesoramiento fiscal de expertos independientes y, con frecuencia, tenían que comprobar, mediante largas y pesadas negociaciones con los ministerios de Hacienda nacionales, si determinado servicio prestado estaba o no amparado por la exención del IVA. Las administraciones tributarias locales debían igualmente soportar una gravosa carga administrativa por tener que aclarar con los ministerios de

Hacienda nacionales cómo debían actuar en casos concretos. En aquellos casos en los que el Reglamento aporta una solución clara, los operadores financieros y las administraciones podrán aplicar la exención del IVA a los servicios financieros y de seguros correctamente, sin tener que soportar esa carga.

En lo que respecta a la intermediación en los servicios financieros y de seguros, la propuesta sólo ha podido ofrecer una solución inequívoca en un número limitado de casos. Ello se debe a que los conceptos y las formas de intermediación están aún fuertemente arraigados en el Derecho civil nacional, por lo que varían sustancialmente. A fin de favorecer, asimismo, la seguridad jurídica en relación con tales servicios, el Reglamento establece con carácter adicional criterios objetivos que deberán aplicarse para evaluar si un servicio representa una actividad diferenciada de mediación.

El Reglamento, finalmente, integra la jurisprudencia pertinente del TJUE, manteniendo así principios bien establecidos de determinación de las características relevantes de los servicios financieros y de seguros.

VIII. CONCLUSIONES

En el presente artículo hemos descrito los principales problemas que actualmente se han detectado en la aplicación del IVA en los servicios financieros, así como sus posibles soluciones.

Entre los problemas detectados figura la limitación a la que están sometidos los operadores financieros para poder deducir el IVA que soportan en las compras de bienes y servicios que realizan a otros operadores, tales como la adquisición de ordenadores, servicios de suministro eléctrico y otros servicios diversos. Esta restricción del derecho a la deducción del IVA soportado de los operadores financieros viene provocada por la aplicación de la conocida regla de prorrata, en virtud de la cual los sujetos pasivos que realizan operaciones sujetas y operaciones exentas sólo pueden deducir el IVA soportado en la adquisición de aquellos bienes y servicios que van a ser utilizados en sus operaciones sujetas. Lógicamente, cuanto mayor sea el importe de las operaciones exentas, menor será el porcentaje de prorrata y, por tanto, será menor el importe deducible del IVA soportado. Esto supone un gran obstáculo para el proceso de consolidación del sector y coloca a los operadores europeos en una posición de clara desventaja en relación con sus competidores extracomunitarios, puesto que el actual sistema del IVA no les permite recuperar el IVA pagado a sus proveedores.

Para solucionar este antiguo problema, los servicios de la Comisión ofrecen varias soluciones, entre las que

destaca la opción de gravar con IVA los servicios financieros que presten cuando el destinatario de la operación sea una empresa totalmente sujeta al impuesto.

Con esta propuesta, los operadores financieros podrían incrementar el porcentaje de prorata, al incrementar el importe del numerador y mantener el mismo denominador, por lo que, ante un determinado volumen del IVA soportado, se incrementaría el IVA que tendrían derecho a deducir. No obstante, el destinatario de la operación deberá pagar más, al incluirse el IVA en el servicio que está prestando, pero este importe no le va a suponer ningún coste, puesto que lo deducirá del IVA que repercutirá a su vez a sus clientes, por lo que la cantidad final de IVA a ingresar a la Hacienda pública, será menor. Es decir, si se llega a aplicar finalmente esta reforma, la Hacienda pública de cada estado miembro recaudaría de los operadores financieros unas cuotas de IVA que con el actual sistema de la exención no percibe, pero, al mismo tiempo, dejará de ingresar unas cuotas de IVA, por el mismo importe, del destinatario de la operación. Asimismo, el operador financiero podrá deducir un mayor importe del IVA soportado en sus adquisiciones de bienes y servicios, por lo que el importe global del IVA que se ingresará en la Hacienda pública será menor.

En definitiva, esta reforma beneficia de una forma clara a los operadores financieros, otorgándoles los mismos derechos que a otros operadores, que ven incrementada su competitividad, pero al mismo tiempo perjudica los ingresos de la Hacienda pública de cada estado miembro, que verían mermada su recaudación por el Impuesto sobre el Valor Añadido.

No obstante, aunque la propuesta de reforma de la Comisión Europea debe ser tratada con especial interés por parte de los operadores financieros, considero que es poco probable que se lleve a cabo una verdadera reforma de la Directiva 2006/112/CE, dada la regla de unanimidad que es requisito imprescindible para que se lleve a cabo un cambio legislativo en el ámbito fiscal comunitario, lo que impide, de hecho, realizar modificaciones de mayor calado.

NOTAS

(1) La Primera Directiva del Consejo 67/277/CEE, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, estableció las líneas maestras del Impuesto, mientras que la Segunda Directiva del Consejo 67/228/CEE, de 11 de abril, en materia de armonización de las legislaciones de los estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, estableció la estructura y modalidades de aplicación del sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido.

(2) *Tax calculation account* (TCA). Es una cuenta suspensiva que trata de evitar los problemas que pueden surgir por el pago del impuesto y la aplicación de las deducciones en el momento en el que se pro-

ducen los flujos de capital. Con este sistema, la cuota total del impuesto correspondiente a cada operación de crédito se va determinando a lo largo de la vida de la operación. Las cuotas son cargadas y abonadas a la TCA y trasladadas al periodo en que se produzca la transacción contraria a la inicial. Pero estos aplazamientos dan lugar al devengo de intereses en los dos sentidos, que se cargan y abonan, asimismo, en la TCA. Estos intereses estarán constituidos por la diferencia entre los intereses realmente percibidos por cada préstamo o pagados por cada depósito y un tipo teórico de interés denominado *indexing rate*. El *indexing rate* es un tipo de interés puro que no incluye ni el margen de intermediación ni la prima de riesgos.

(3) El TJUE declaró, en la sentencia de 23/03/2006 (asunto C-210/04), que los servicios prestados entre establecimientos permanentes situados en diferentes estados miembros de la Unión Europea no se consideran servicios sujetos a efectos del IVA, ya que los establecimientos permanentes no constituyen unidades jurídicas independientes de la sociedad a la que pertenecen, de manera que no deben ser considerados como sujetos pasivos independientes.

(4) *Societas Europaea*, también conocida como SE o sociedad europea por acciones, es una sociedad de capital por acciones que desarrolla su actividad a escala europea. El Estatuto de la *Societas Europaea* se aprobó por el Reglamento del Consejo de la UE de 8 de octubre del 2001 (nº 2157/2001).

BIBLIOGRAFÍA

Francisco CASTELLANO (2010), «Los problemas y retos del IVA comunitario: La experiencia española», *PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA*, número 125/126.

CONFERENCIA DEL IEF y KPMG sobre la Incidencia de la fiscalidad comunitaria en el sector financiero; Madrid, 25 de mayo de 2009.

Resolución Legislativa del PARLAMENTO EUROPEO, de 25 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros (COM(2007)0747 - C6-0473/2007 - 2007/0267(CNS))

COMISIÓN DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y MONETARIOS, *INFORME sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros*. Ref.(COM(2007)0747-C6-0473/2007-2007/0267(CNS)). Bruselas, 15 de septiembre de 2008.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros. Ref. COM(2007) 747 final - 2007/0267 CNS. Bruselas, 29 de mayo de 2008

COMISIÓN EUROPEA. *Background paper requested by the Council Presidency about financial and insurance services*. Ref. TAXUD/2414/08_EN. Bruselas, 05 de marzo de 2008.

COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros. Nueva versión del COM(2007) 746. Ref. COM(2008) 78 final/2. Bruselas, 4 de marzo de 2008.

COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros. Ref. COM(2007) 747 final/2. Bruselas, 05 de marzo de 2008.

COMISIÓN EUROPEA. Rectificación, anulación y sustitución de la propuesta de Reglamento del Consejo COM(2007) 746 final de 28.11.2007 Ref. COM(2007) 746 final/2. Bruselas, 20 de febrero de 2008.

COMISIÓN EUROPEA. Rectificación, anulación y sustitución de la propuesta de Directiva del Consejo COM(2007) 747 final/1 de 28.11.2007. Ref. COM(2007) 747 final/2. Bruselas, 20 de febrero de 2008.

AGENCIA EUROPA PRESS. *VAT: The European commission proposes to modernise the current legislation for financial services and insurances*. Ref. IP/07/1782. Bruselas, 28 de noviembre de 2007.

COMISIÓN EUROPEA. *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros*. Bruselas, 28 de noviembre de 2007. Ref. COM(2007) 746 final.

COMISIÓN EUROPEA. *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a la Propuesta de Directiva del Consejo IMPACT ASSESSMENT*. Bruselas, 28 de noviembre de 2007. SEC/2007/1554 y su resumen SEC/2007/1555.

COMISIÓN EUROPEA. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en lo que respecta al régimen de los servicios financieros y de seguros*. Bruselas, 31 de mayo de 2007. SEC(2007) 1554.

COMISIÓN EUROPEA. *Working paper about definition financial and insurance services*. Ref. TAXUD/2139/07_EN. Bruselas, 31 de mayo de 2007.

COMISIÓN EUROPEA. *Modernisin VAT rules applied on financial and insurance services - Frequently Asked Questions*. Bruselas, 28 de noviembre de 2007. Ref. MEMO/07/519.

IBFD. *Survey on the recovery of input VAT in the financial sector*. Diciembre de 2006.

COMISIÓN EUROPEA. *Consulta Pública sobre la modernización de las obligaciones del IVA relativas a los servicios financieros y de seguros*. Bruselas. Noviembre 2006.

URIA, FRANCISCO, y DE LUIS, FELIX (2006), «El sistema fiscal español y las entidades y operaciones financieras. Estudios en homenaje a Enrique Piñel», Madrid, *La Ley*.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. *Study to Increase the Understanding of the Economic Effects of the VAT Exemption for Financial and Insurance Services*. Ref. TAXUD/2005/ AO-006_EN. Noviembre de 2006.

UNIÓN EUROPEA. *Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido* (DO L 347 de 11.12.2006, p. 1/118).

ESPAÑA. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. *Boletín Oficial del Estado* número 312 de 29/12/1992, páginas 44247 a 44305 (59 págs.).

COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. Sexta Directiva. *Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del IVA: Base imponible uniforme*. (DOCE, L 145, de 13 de junio).

COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. Segunda Directiva. *Directiva 67/228/CEE del Consejo, de 11 de abril, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios* (DOCE L 71, de 14 de abril de 1967, p. 1303).

COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. Primera Directiva. *Directiva 67/227/CEE del Consejo, de 11 de abril de 1967, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios* (DOCE L 71, de 14 de abril de 1967, p. 1301).

Jurisprudencia del TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Los grupos de entidades de crédito y la tributación consolidada en el IVA

Leopoldo Delgado Mompó

I. COMENTARIO PRELIMINAR

Cualquier régimen especial de tributación consolidada se configura como un tratamiento fiscal favorable para reducir o diferir la presión fiscal en un determinado impuesto. Así se entiende, por ejemplo, el régimen de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades que, desde el Real Decreto-Ley 15/1977 de 25 de febrero, permite, entre otras ventajas, que las pérdidas fiscales de algunas sociedades puedan compensarse en el mismo ejercicio con los beneficios de otras, siempre dentro del perímetro que a tal efecto se configura.

Visto de esta manera, es lógico y comprensible que tanto la Confederación Española de Cajas de Ahorros como la Asociación Española de Banca llevaran mucho tiempo solicitando la aprobación de un régimen consolidado en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), puesto que las entidades financieras soportan una elevada carga fiscal por este impuesto, cuestión que raras veces se ha analizado con el detalle que merece.

Está acreditado que las diferentes directivas del IVA han declarado las operaciones financieras exentas, no tanto por una cuestión técnica o social (estos dos son los motivos principales que sustentan la lista de exenciones en este impuesto), sino debido a la enorme complejidad que supondría someterlas al régimen general de repercusiones y deducciones. Es importante que esta circunstancia, que pocas veces se tiene en mente, en ningún momento se pierda de vista cuando se trata de revisar la aplicación del IVA a una entidad de crédito.

Vale la pena insistir en ello sirviéndonos de un sencillo ejemplo: la base imponible del IVA es la contraprestación por la entrega de un bien o servicio. Si se trata de la transmisión de un activo, dicha contraprestación vendrá representada por el precio de venta de dicho activo. En el caso, por ejemplo, de los activos financie-

ros representativos de deuda, las compras y ventas en la cartera de negociación se realizan por importes elevados, y con una alta frecuencia de rotación. Someter dichas operaciones a la repercusión general del IVA degeneraría en una complejidad administrativa y financiera excesiva, y en ningún caso justificada por las finalidades perseguidas por este impuesto. No es necesario traer a colación otros negocios jurídicos, ciertamente complejos, muy habituales hoy en el tráfico habitual bancario, aunque prácticamente inexistentes al tiempo de aprobarse las anteriores directivas del IVA, y que redundan en esta conclusión.

En este contexto es en el que se inscriben los párrafos 18 y 21 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJCE) de 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-235/00 «CSC Financial Services Ltd»:

18. El Gobierno del Reino Unido sostiene que las exenciones establecidas en el artículo 13, parte B, letra d), de la Sexta Directiva fueron acordadas para los servicios financieros y los servicios prestados por intermediarios correspondientes *porque dichos servicios no podían quedar sujetos al IVA, sobre todo debido a la dificultad, en numerosos casos, de distinguir la contrapartida del servicio de cambio de moneda o de documentos de valor que el servicio engloba*. No obstante, la prestación de servicios de administración y de gestión —a los que, en general, no hay dificultad para aplicar el IVA— queda sujeta al IVA, aunque se realice en el marco de operaciones financieras. Además, en los casos en los que el suministro de servicios de gestión o de administración debe estar exento, así está previsto explícitamente, como en el artículo 13, parte B, letra d), números 1, 2 y 6, de la Sexta Directiva.

(...)

21. La Comisión considera que el artículo 13, parte B, letra d), de la Sexta Directiva tiene por objeto excluir la aplica-

ción del IVA a determinadas operaciones financieras, en concreto las que se refieren directamente a instrumentos financieros, *debido a las dificultades prácticas que implica la tributación de semejantes operaciones, así como a las posibles repercusiones de tal tributación sobre el coste del crédito*. Ahora bien, la Comisión estima que estas consideraciones no justifican la extensión de la exención a servicios utilizados por la persona que realiza una prestación exenta. La Comisión no cree que los servicios prestados por CSC en el asunto principal, es decir, la información a la clientela y la tramitación de los impresos de solicitud, con exclusión de cualquier acto que afecte a los derechos u obligaciones correspondientes a los títulos valores, puedan ser calificados de operaciones relativas a títulos valores propiamente dichas.

Como resultado práctico de todo lo anterior, los bancos y cajas de ahorros no pueden repercutir el impuesto sobre sus operaciones, lo que les limita casi totalmente la posibilidad de recuperar el IVA soportado en sus adquisiciones de bienes y servicios consumidos en el ejercicio de su actividad empresarial.

Este régimen de tributación comporta limitaciones relevantes a la hora de organizar las estructuras societarias de los grupos bancarios. Por ejemplo, difícilmente podría la dirección de una entidad ubicar en una sociedad participada a los profesionales dedicados a los desarrollos tecnológicos para que dicha sociedad facturara sus servicios informáticos al banco, opción que, siendo perfectamente legítima en el orden organizativo, acaba resultando inviable debido precisamente al sistema de IVA y a las ineficiencias de éste: la sociedad participada prácticamente tendría tan sólo personal laboral, y sin soportar ningún IVA en sus compras, repercutiría el impuesto al banco por todos sus servicios de programación y lo ingresaría íntegramente en la Hacienda pública (es decir, sin deducción de cuotas); y el banco usuario de los servicios, que soporta y paga este impuesto, no lo podría deducir al no repercutir IVA en sus operaciones. Son muchos los ejemplos que podrían ponerse, pero no es necesario detenernos mucho más.

Frente a esta situación, la tributación consolidada en el IVA se presenta como una herramienta imprescindible que salvaguarda el principio de neutralidad fiscal, entendido éste como que «los impuestos, la estructura tributaria debe diseñarse de forma tal que no introduzca distorsiones en el comportamiento de los sujetos, esto es, que no incite a comportamientos distintos de aquellos que se hubieran producido en ausencia de impuestos» (Sevilla, 1987:29).

La insistencia constante de la Confederación Española de Cajas de Ahorros y de la Asociación Española de Banca tuvo como resultado que en el transcurso de

la tramitación parlamentaria de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, ya en sede del Senado se tramitaran las enmiendas número 144 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, de Convergència i Unió, y número 148 del Grupo Parlamentario Socialista, dando lugar a un nuevo capítulo IX en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, Ley del IVA o la Ley) con el título de «Régimen especial del grupo de entidades», aprobado por el Senado el 4 de octubre de 2006 y remitido al Congreso de los Diputados a los efectos previstos.

Igualmente se comprende con la exposición anterior que, en relación con la actual reestructuración del sector financiero propugnada por el Banco de España y la entrada en juego de una nueva forma jurídica hasta ahora inexistente, los sistemas institucionales de protección (en adelante, los SIP), se haya contemplado igualmente la facultad de tributar por el IVA de forma consolidada. En síntesis, los SIP permiten que, por medio de un contrato, diferentes entidades de crédito procedan a su integración en torno a una entidad central con forma de banco, sin necesidad de acudir a las fórmulas ordinarias de la fusión, es decir, manteniendo cada uno de los participantes su personalidad jurídica y subsistiendo en el ejercicio de su actividad, si bien este último punto ha admitido diferentes matices según los casos ejecutados.

Esta entidad central se constituye con la vocación de prestar servicios generales al resto de miembros del SIP, cuya tributación por el IVA en el régimen general podría generar una ineficiencia capaz de hacer inviable la reforma del sector financiero pretendida por el regulador. El Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, ha venido a dar solución a esta situación, con las particularidades que a continuación se va a tener oportunidad de analizar.

II. ENGARCE DEL RÉGIMEN ESPAÑOL EN EL MARCO COMUNITARIO

La Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, la Directiva del IVA o la Directiva) contempla, en su artículo 11, la facultad que tienen los estados miembros de regular un régimen de tributación consolidada en este impuesto:

Artículo 11

Previo consulta al Comité consultivo del Impuesto sobre el Valor Añadido (denominado en lo sucesivo «Comité del IVA»), cada Estado miembro podrá considerar como un

solo sujeto pasivo a las personas establecidas en el territorio de ese mismo Estado miembro que gocen de independencia jurídica, pero que se hallen firmemente vinculadas entre sí en los órdenes financiero, económico y de organización.

Un Estado miembro que ejerza la facultad contemplada en el párrafo primero podrá adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la aplicación de dicha disposición haga posibles el fraude o la evasión fiscales.

Esta posibilidad no es nueva. Ya constaba en idénticos términos en el segundo párrafo del apartado 4 del artículo 4 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, aunque lo cierto es que ha sido tan sólo recientemente cuando se ha comprobado un interés creciente por parte de los estados miembros en ejercer esta posibilidad. Según la información publicada por la Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante, la Comisión), al 2 de julio de 2009 dieciséis estados miembros habían introducido en su legislación interna un régimen de grupos de IVA (1).

Una lectura superficial de este artículo 11 podría llevarnos a una confusión. Si la posibilidad contemplada consiste en poder considerar como un solo sujeto pasivo a una mera organización de diferentes personas fuertemente ligadas entre sí, parece como si dicho régimen hiciera referencia a esas figuras ciertamente habituales en nuestro tráfico jurídico como son las uniones temporales de empresas, las comunidades de propietarios, las comunidades de bienes o, en general, las herencias yacentes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición, conforme dice el artículo 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

En efecto, no cabe duda de que una comunidad de vecinos no son más que diferentes personas (físicas o jurídicas, según quienes sean los propietarios, pero en todo caso sujetos de derecho independientes) que se hallan firmemente vinculadas entre sí por razón del régimen legal de propiedad horizontal de un edificio. Razonamiento análogo puede realizarse en relación con las uniones temporales de empresas y las comunidades de bienes.

Pues bien, conviene aclarar cuanto antes que la identificación de tales *organizaciones* como un solo sujeto pasivo a los efectos del IVA (con un NIF único frente a terceros y una sola obligación tributaria de presentar modelos, etc.) no guarda relación alguna con la facultad prevista en el artículo 11 de la Directiva del IVA. Antes bien, estas subjetividades *meramente fiscales* quedan exclusivamente enmarcadas en el concepto general de sujeto pasivo, artículo 9 de la Directiva, por considerar-

se que son dichas unidades administrativas las que realmente realizan, con independencia de quiénes sean sus socios o miembros, una actividad económica frente a terceros (por ejemplo, el alquiler de un elemento común de la fachada, como es la azotea, para la instalación de una antena de telefonía). Por este motivo, la Ley del IVA siempre ha incluido un apartado tres en su artículo 84 sobre sujetos pasivos con el siguiente tenor:

Tres. Tienen la consideración de sujetos pasivos las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto.

Huelga decir que este precepto no requiere la consulta previa al Comité del IVA. En esta materia, nos encontramos ante auténticas unidades susceptibles por sí solas de imposición en el IVA, de tal manera que cabe más bien su identificación con lo que son las sociedades de personas, cuyo *protagonismo* fiscal se configura de manera autónoma y al margen del de sus socios, que mantienen en todo momento su propia subjetividad fiscal con independencia de que se le atribuya otra subjetividad diferente a la «agrupación organizativa», a los solos efectos de determinados tributos. Por ejemplo, la condición de comunero en una comunidad de vecinos se adquiere con la propiedad de un departamento de la propiedad horizontal, y cuando éste se transmite se cede con ello la cuota de participación, sin que la comunidad como tal experimente cambio alguno. De igual forma, en el caso de una comunidad de bienes, el fallecimiento de un comunero no determina la extinción de la comunidad con constitución de una nueva, sino algo parecido a la transmisión *mortis causa* de la participación en la comunidad en favor de los herederos, asemejándose este cambio más bien a la transmisión de un valor o de una participación en una sociedad sin personalidad jurídica. En ambos ejemplos se aprecia claramente que el comunero mantiene su propia condición de sujeto pasivo por las actividades empresariales o profesionales que pueda desarrollar por él mismo, es decir, al margen de la comunidad de bienes.

El régimen de grupos previsto en la Directiva es otra cosa. Se trata de la posibilidad de que diferentes personas dejen de tener trascendencia autónoma por ellas mismas para tributar en el IVA como si se fueran un solo ente, es decir, conjuntamente. Algo parecido a lo que se produce con el régimen de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades.

Esta remisión al Impuesto sobre Sociedades cobra mucho sentido llegados a este punto. No podemos abstraernos del hecho de que nuestro sistema tributario se caracteriza por un férreo control administrativo muy eficaz,

merced a un elevado número de obligaciones de carácter informativo, lo que, por otra parte, le permite a nuestra Administración tributaria arrojar los mejores ratios de eficiencia, en cuanto a la intensidad de empleo público requerido para el logro de los resultados alcanzados, en comparación con el resto de países de nuestro entorno.

La instauración de un sistema de tributación consolidada que llevara aparejada la supresión de las declaraciones individuales de las entidades participantes podría poner en peligro el resultado antes indicado. No puede obviarse que todo el detalle de la información fiscal declarada facilita en gran medida las labores de comprobación e investigación a cargo de la Inspección de Hacienda. Por eso se explica que un régimen como el de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades permita alcanzar los objetivos deseados sin pérdida de información, es decir, manteniendo todas las obligaciones tributarias formales de las diferentes sociedades propias del régimen individual de tributación, sin que baste con la presentación de una declaración «consolidada».

Con mayor razón procede llegar al mismo diseño tributario en relación con el IVA, porque además, en este caso, la existencia de la función comercial de facturación y de los diferentes controles a través de los libros registro recomienda encarecidamente que el régimen consolidado en ningún caso produzca efectos significativos en las relaciones comerciales de las distintas empresas con terceros ajenos al grupo de tributación.

Cualquier otro planteamiento que intente basarse en la simplificación podría generar no pocas complicaciones, sobre todo si tenemos en cuenta que, a diferencia de los ejemplos antes expuestos de comunidades de bienes (que, como se ha visto, permanecen inalteradas hasta su extinción con independencia del cambio de comuneros), en estos casos de tributación consolidada de sujetos independientes es frecuente la modificación permanente de las diferentes entidades que componen un perímetro de tributación, lo que en el ámbito de la repercusión del IVA tendría unas consecuencias nada recomendables si se eliminan determinadas obligaciones individuales (como la facturación, los libros registro y las declaraciones).

Por estos motivos, el «Régimen especial del grupo de entidades», introducido como capítulo IX en la Ley del IVA, mantiene a todos los efectos la identidad fiscal de las diferentes entidades, logrando unos resultados equivalentes a una auténtica tributación consolidada gracias a un tratamiento especial exclusivamente para las operaciones internas, es decir, las realizadas entre las entidades del grupo de IVA (en adelante, las operaciones intragrupo), como más adelante se tendrá ocasión de comprobar.

Cabe preguntarse si esta fórmula por la que ha optado el legislador español vulnera la Directiva. Esta pregunta tiene mucho sentido, sobre todo, a la vista de la sentencia TJCE de 22 de mayo de 2008, en el asunto C 162/07, Ampliscientifica Srl y Amplifin SpA.

En los párrafos 19 y 20 de esta sentencia, el tribunal deja patente que la aplicación del régimen previsto en la Directiva implica que las entidades dejen de ser consideradas sujetos pasivos del IVA distintos, para ser sujeto pasivo único, excluyendo que «las citadas personas subordinadas continúen haciendo por separado las declaraciones del IVA y sigan siendo consideradas, dentro de su grupo y fuera de él, como sujetos pasivos, dado que tan sólo el sujeto pasivo único está facultado para efectuar las citadas declaraciones». Como consecuencia de ello, y a juicio del tribunal: la normativa nacional que adapte el Derecho interno deberá hacerlo de tal forma que «el sujeto pasivo sea único y que se conceda tan sólo un número de IVA para el grupo».

Tales consideraciones se vertieron en relación con un régimen previsto en Italia para la liquidación agregada del IVA, aunque bien es verdad que en dicho supuesto no estaba claro que el régimen italiano fuera una medida de adaptación del Derecho interno al párrafo segundo del artículo 4.4 de la Sexta Directiva. Aclarar esta duda podría ser muy relevante por cuanto en dicho caso había quedado acreditado que la República Italiana había incumplido la exigencia procesal establecida consistente en formular consulta previa al Comité consultivo del IVA (párrafo 18), requisito imprescindible para poder aplicar un régimen de grupos en IVA. La duda en cuestión la centraba el párrafo 21 de dicha sentencia, al apuntar que la tributación consolidada prevista en la Directiva es algo diferente a la creación de un mero régimen de declaración y de pago simplificados que permita a las sociedades de un mismo grupo seguir siendo sujetos pasivos distintos.

Por lo tanto, y a la vista de esta sentencia, la pregunta que cabe formularse es si un régimen de consolidación en IVA que mantiene las subjetividades fiscales de sus miembros contraviene la Directiva. Dos reflexiones nos permiten concluir que no hay contravención en el caso español:

1) En primer lugar, hay que decir que las directivas comunitarias, a diferencia de los reglamentos, deben transponerse al Derecho interno de los estados miembros de manera tal que se cumplan sus objetivos (artículo 249 del Tratado de la Unión Europea) y, en este caso concreto, los objetivos del artículo 11 de la Directiva se ven cumplidos, puesto que los resultados arrojados por el capítulo IX de la Ley del IVA son sustancialmente equivalentes a los que resultarían de un sujeto pasivo único, como luego se verá (Sánchez Gallardo, 2008: 11). En

otras palabras, vista la parquedad con la que se contempla la opción en la Directiva, no cabe sino pensar que compete a los estados miembros determinar la forma en la que se concrete dicha consolidación en IVA, sujeta a la condición de que se aseguren unos resultados equivalentes a lo que resultaría de la existencia de un sujeto pasivo único.

2) Además, la consulta formulada por España al Comité Consultivo del IVA debió tener resultado favorable. Así puede deducirse de la información publicada el 20 de noviembre de 2009 (2) por la cual se sabe que la Comisión adoptó emprender acciones contra ocho estados miembros, entre ellos España, por discrepancias en la transposición del régimen de grupos de IVA. El procedimiento contra España (2008/2142) obedecía tan sólo al hecho de que se autorizaba que entidades que no fueran sujetos pasivos del IVA formaran parte del perímetro del grupo. Sin embargo, el procedimiento contra los Países Bajos (2004/4719), por ejemplo, además de lo anterior también denunciaba que no se había notificado al Comité del IVA el establecimiento del régimen especial. Como también se sabe, el 5 de mayo de 2010 la Comisión cerró el procedimiento contra España por haberse modificado la legislación (3), por lo que no cabe sino concluir que se produjo la consulta previa al Comité del IVA y su contestación fue favorable.

Por lo tanto, y con el ánimo de seguir avanzando, debemos concluir que el régimen de grupos contenido en el capítulo IX de la Ley del IVA es una correcta transposición interna del artículo 11 de la Directiva y la consecuencia lógica de ello será que su regulación deba interpretarse *necesariamente* a la luz de la doctrina existente sobre la materia, lo que va a ser objeto de comentario a continuación.

III. PRINCIPIOS RECTORES DEL RÉGIMEN PREVISTO EN LA DIRECTIVA

A modo de recapitulación, y con carácter previo al análisis concreto del régimen aplicable en España, es conveniente detenerse un momento para dejar asentados los siguientes puntos:

— El IVA es un impuesto especialmente complicado, y sobre todo en el ámbito de las operaciones típicas de los bancos y cajas de ahorros, de ahí que la voluntad primigenia del legislador comunitario haya sido intentar dejar a este tipo de entidades al margen de la gestión del impuesto, precisamente habida cuenta de su complejidad.

— El régimen de consolidación en IVA siempre debe ser tenido como una ventaja que comporta ahorros fiscales en este impuesto, y de ahí que, una vez instaura-

do por el estado miembro, se presente como una opción cuyo ejercicio le corresponde decidir exclusivamente a las empresas, no a la Administración.

— La Directiva del IVA está redactada de forma sucinta, dejando a los estados miembros una gran libertad para establecer el detalle de las disposiciones concretas de aplicación, siendo la consecuencia de ello que, en la práctica, existen grandes diferencias entre los distintos regímenes aplicables según cada territorio nacional.

— A juicio de la Comisión, el régimen de grupos contenido en el capítulo IX de la Ley española del IVA ya se ajusta actualmente a las previsiones de la Directiva, por lo que debe quedar descartado que el Estado español haya vulnerado la norma comunitaria, como lo prueba el hecho de que se haya cerrado favorablemente el procedimiento de infracción iniciado por la Comisión a finales de 2009.

Con todo ello, y sin perder de vista en ningún momento la primera consideración, se hace necesario ahora, y aunque sea muy brevemente, centrar bien los principios que inspiran el régimen de grupos de IVA a la luz del marco comunitario.

La Comisión tiene muy bien explicada (4) la forma en la que considera que deben traducirse en disposiciones prácticas las normas del artículo 11, es decir, cómo debe entenderse que se están respetando los principios básicos del sistema comunitario del IVA. Para ello, arranca como premisa de partida de que la Sexta Directiva, cuando introdujo el concepto de grupo de IVA, dejó claro en su exposición de motivos que el objeto de este régimen consiste, en primer lugar, en garantizar la *simplificación administrativa*, vigilando también que no se permitan prácticas abusivas que pudieran producir situaciones injustas derivadas de la creación de grupos de IVA.

La Comisión ha insistido con reiteración en que el artículo 11 de la Directiva de IVA debe interpretarse a la luz de estos objetivos iniciales, entre los que destaca, citando las palabras textuales de la Comisión: «la posibilidad de establecer un grupo de IVA constituye, ante todo, una medida de simplificación administrativa» (5).

Este principio general tampoco podrá olvidarse en relación con la facultad que tienen los estados miembros de adoptar cualquier medida necesaria para evitar la evasión y el fraude fiscales. La Comisión parte de la base de que del régimen de IVA no «debe derivarse ninguna ventaja ni perjuicio injustificados» (6), como ocurriría de aprobarse un sistema cuya gestión fuera extremadamente compleja.

En otras palabras, este régimen fiscal entendido fundamentalmente como medida de simplificación no puede comportar perjuicios injustificados, como serían unas cargas administrativas que no estén sólidamente motivadas como medidas para evitar el fraude fiscal.

Una vez apuntalados ya estos principios rectores, se hace mucho más sencillo adentrarse en el régimen fiscal aplicable en nuestro territorio, puesto que las dudas interpretativas que puedan surgir podrán resolverse con mejor criterio a la luz de la exposición anterior.

IV. NATURALEZA Y REGULACIÓN DEL REGE

1. Nivel básico y nivel avanzado

El capítulo IX de la Ley del IVA contiene la regulación legal del régimen de grupo de entidades, contemplando dos modalidades de tributación.

En primer lugar, una modalidad sencilla, o meramente agregada (Franch, 2009), mediante la cual la entidad dominante debe confeccionar unas autoliquidaciones periódicas agregadas del grupo, procediendo al ingreso de la deuda tributaria, o a la solicitud de compensación o devolución que proceda. Esta agregación se realiza acumulando aritméticamente los resultados de las autoliquidaciones individuales de las distintas entidades incluidas en el grupo de IVA.

Con esta modalidad sencilla, simplemente se arroja para cada período de liquidación un resultado único global consistente en la diferencia entre la cuantía total de los saldos a devolver a favor de las entidades que aplican el régimen y el importe de los saldos a ingresar del resto de entidades.

Esta modalidad agregada no consiste realmente en una tributación agrupada en el IVA, sino que se parece más bien al sistema ya comentado antes y descrito en el párrafo 21 de la sentencia TJCE de 22 de mayo de 2008, en el asunto C 162/07, *Ampliscientifica Srl y Amplifin SpA*:

21. Por consiguiente, la adaptación de un Derecho interno al artículo 4, apartado 4, párrafo segundo, de la Sexta Directiva debe distinguirse de la creación de un régimen de declaración y de pago simplificados del IVA que permita, en particular, a las sociedades de un mismo grupo seguir siendo sujetos pasivos distintos, aun cuando pueda figurar el IVA en la contabilidad de la sociedad matriz.

La segunda modalidad contemplada en el capítulo IX de la Ley es la que realmente permite la consolidación en el IVA y produce los resultados equivalentes al artículo 11 de la Directiva. Conforme a ella, las entidades que

forman parte de un grupo pueden optar por la aplicación del sistema avanzado contemplado en el artículo 163.sexíes.cinco de la Ley.

En dicho caso, la base imponible de las operaciones intragrupo estará constituida por el coste de los bienes y servicios utilizados directa o indirectamente, total o parcialmente, en su realización y por los cuales se haya soportado el IVA. De esta manera, este mecanismo permite operar unos traslados internos de cuotas soportadas, alcanzando un resultado equivalente a lo que sería la consideración del conjunto de todas las entidades como un sujeto único. Lógicamente, la opción por el nivel avanzado cambia por completo la tributación por el IVA, por lo que el ejercicio de aquélla debe afectar por completo a todas entidades incluidas en el mismo.

Además, una facultad muy importante que otorga esta modalidad avanzada del régimen es la posibilidad de renunciar a las exenciones reguladas en el artículo 20.uno de la Ley que pudieran resultar aplicables a las operaciones internas.

Quizás un matiz de lo más relevante, como luego se verá, es que la opción por el nivel avanzado sólo vincula para un ejercicio. O, dicho de otra manera, un grupo de IVA podrá alternar de ejercicio en ejercicio de nivel básico a nivel avanzado sin ningún tipo de traba. Así lo permite el reglamento cuando dice que esta opción tendrá una validez mínima de un año natural, y la renuncia, que también tendrá una validez mínima de un año, «no impedirá que las entidades que la formulen continúen aplicando el régimen especial del grupo de entidades», con exclusión, lógicamente, de lo dispuesto para el nivel avanzado.

Más adelante se tendrá la oportunidad de entrar con detalle en el funcionamiento del nivel avanzado del régimen y en las obligaciones formales que comporta. Antes de ello, se considera interesante aprovechar este estudio para dar cuenta de los criterios administrativos en relación con otros aspectos del régimen especial, distintos a las propias particularidades del nivel avanzado, y que atañen básicamente a la configuración del perímetro del grupo de IVA, por ser éste el aspecto que con mayor frecuencia se ha consultado a la Administración tributaria.

2. Perímetro subjetivo

Con independencia de que se haya optado por el nivel básico o por el nivel avanzado, el perímetro del grupo es siempre el mismo. Las entidades que pueden quedar incluidas son aquellas que, reuniendo la condición de empresarios o profesionales, estén participadas en un 50 por 100 por otra, que será la dominante; una

regla importante para delimitar perímetros en supuestos poco claros es que no podrá actuar como dominante una entidad que pueda ser considerada como dependiente de otra.

Ahora bien, se permite total discrecionalidad para elegir a las entidades que, reuniendo las anteriores condiciones, se integren en el grupo. Bastará para ello que así lo acuerden individualmente cada una de ellas por separado (opción que no vincula al resto, excepto lógicamente a la entidad dominante), si bien se establece un requisito de permanencia por el cuál la opción por la baja en el régimen tan sólo podrá ejercitarse una vez transcurrido un plazo mínimo de tres años. Esta flexibilidad llega hasta el punto de considerar que la configuración inicial del grupo en modo alguno entorpece que, con posterioridad, puedan incluirse otras entidades sin necesidad de esperar a que transcurra el plazo inicial de tres años (7).

Casi todas las contestaciones a consultas vinculantes evacuadas por la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) versan sobre los criterios interpretativos en materia del perímetro subjetivo, por lo que a continuación se va a realizar una breve reseña de las mismas.

2.1. Entidades que no tienen la condición de empresarios o profesionales

Así, por ejemplo, se ha analizado con suficiente detalle la incidencia que tienen las entidades que no tienen la condición de empresarios o profesionales. En un principio, se realizó la distinción entre dominantes y dependientes, en el sentido de que una entidad que no realizaba operaciones empresariales podía ser entidad dominante (8), pero nunca dependiente (9). En este contexto, se resolvió que una «sociedad *holding* pura» no podía ser dependiente (10).

Precisamente esta distinción administrativa entre dominante y dependientes, en el sentido que implicaba una aplicación de la norma de IVA, dio lugar al procedimiento de infracción iniciado por la Comisión ya referenciado más arriba (11), por el que se le remitió a España un dictamen motivado con fecha 20 de noviembre de 2009 concediendo el plazo de dos meses para la rectificación. La forma escogida por el Estado para acoger los criterios del dictamen motivado enviado por la Comisión fue evacuar una nueva contestación DGT (12), precisamente instrumentada a través de un escrito presentado ad hoc por la Confederación Española de Cajas de Ahorros con la finalidad de rectificar el criterio anteriormente publicado.

Así pues, para dar cumplimiento a este dictamen motivado y cerrar el procedimiento de infracción, no fue

necesario modificar la norma, puesto que, por tratarse de una controversia en el ámbito de la aplicación de ésta bastó con rectificar el criterio administrativo por medio de una nueva consulta vinculante.

Posteriores pronunciamientos administrativos (13) ratifican esta postura, impidiendo por ejemplo a las administraciones públicas ser entidades dominantes de grupos de IVA (14) en la medida en que, normalmente, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales a los efectos del impuesto. Quizá llame la atención que sí pueda ser entidad dependiente una sociedad inactiva pero no disuelta (15); en este caso, la DGT ha hecho prevalecer el principio de seguridad jurídica de obligar a toda dependiente a permanecer dentro del grupo al menos tres ejercicios, relegando como segunda prioridad que pudiera dejar de ser empresario por cesar en sus actividades, todo ello para garantizar en mejores condiciones que no se obtengan ventajas indebidas como consecuencia de la aplicación del régimen de agrupación en IVA, tal y como considera la Comisión (16).

En resumidas cuentas, la rectificación del criterio impide que una «sociedad *holding* pura», es decir, aquella cuya actividad se limita a la mera tenencia de acciones o participaciones de sus entidades dependientes, y que por tanto no tiene la condición de empresario o profesional, pueda actuar como entidad dominante de un grupo de IVA (Granizo y Verdún, 2009).

2.2. Requisito de la participación en el capital

Las consultas DGT también han analizado el requisito de participación de una forma muy flexible. Aunque la norma contempla literalmente que la entidad dominante deberá tener «una participación, directa o indirecta, de al menos el 50 por 100 del capital de otra u otras entidades» (y que dicha participación se mantenga durante todo el año natural), la doctrina del Ministerio ha venido a relativizar mucho este concepto de *capital*. Así, por ejemplo, se contempla que una fundación, aunque no tenga capital ni ningún concepto que se le pueda asimilar (no hay propiedad), sí puede ser entidad dependiente en la medida en que, teniendo la condición de empresario o profesional, esté participada al menos en el 50 por 100 de su dotación total por otro empresario o profesional (17) como ocurre con las fundaciones constituidas por cajas de ahorros para canalizar a través de ellas la obra benéfico-social.

Otras contestaciones permiten considerar como dependiente a una entidad sobre la cual se titula un 75 por 100 del capital, pero sin tener derechos políticos (18), es decir, cuando el control sobre dicha entidad lo tiene un tercero. En dicho caso, se exige adicionalmente que este porcentaje de participación igual o superior al

50 por 100 se vea acompañado «de una firme vinculación financiera, económica o de organización, sin que sea necesaria la concurrencia de los tres órdenes simultáneamente». En palabras de la DGT, la circunstancia de disponer de un porcentaje de derechos de voto inferior al 50 por 100 no es un obstáculo, por sí solo, para la existencia de una fuerte vinculación entre sí, en los distintos órdenes citados por la Directiva; el porcentaje de participación establecido por la Ley consiste tan sólo en la interpretación que el legislador nacional ha hecho de la vinculación a la que alude la Directiva, pero no cabe desvincular ambos preceptos, so pena de contravenir la norma comunitaria y de su naturaleza prevalente respecto del Derecho interno, y bajo esta consideración cabe evacuar el criterio expuesto.

Por el contrario, también en otros supuestos se ha negado la posibilidad de formar grupo, como en el caso de una entidad cabecera de un grupo cooperativo, que pretendía aplicar el régimen especial al citado grupo actuando como entidad dominante por ejercer facultades o emitiendo instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, formando una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades. En dicha consulta (19), la cabecera del grupo no podía tener la consideración de entidad dominante al incumplir uno de los requisitos legales para ser considerada como tal, esto es, la participación, directa o indirecta, de al menos el 50 por 100 del capital de las otras entidades, no pudiendo entrar por ello a evaluar las vinculaciones, sin duda existentes, en los órdenes financiero, económico y de organización.

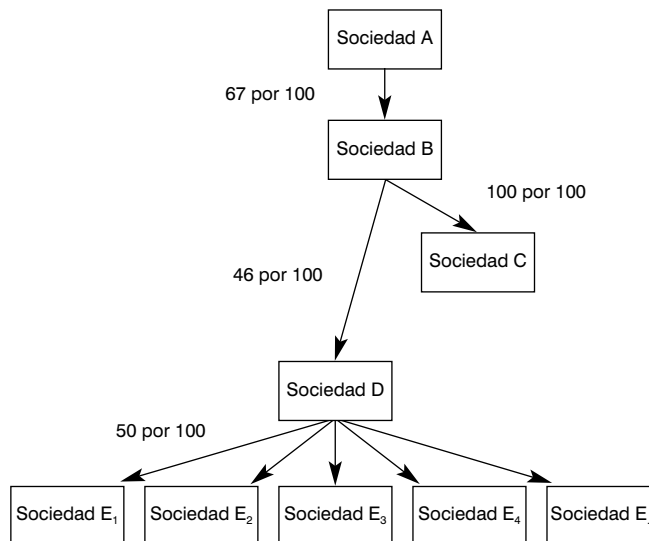
A la vista del criterio anterior, fácilmente deducible del tenor de la Ley, el legislador debió operar una modificación legislativa para permitir que los SIP pudieran aplicar el régimen de grupos de IVA. Como ya se ha adelantado antes, esta novedad ha venido introducida por el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, como resultado del esfuerzo negociador llevado a cabo por la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

2.3. Reglas para la determinación de la condición de dependiente o dominante

Otras consultas analizan la forma de delimitar los perímetros en diferentes supuestos de estructura societaria. Sirva de explicación por todas ellas el ejemplo que se presenta en el esquema 1.

La regla enunciada al principio, por la cual una entidad no podía ser dominante si a su vez se dan las condiciones para poder ser considerada dependiente de otra establecida en el territorio de aplicación del Impuesto, tiene como consecuencias prácticas en este supues-

ESQUEMA 1



to que la estructura dibujada puede dar lugar a dos grupos de IVA, el formado por las sociedades A, B y C, y el formado por las sociedades D y sus participadas E_n, por cuanto la sociedad D no puede ser considerada dependiente de B ni de C (pues ellas a su vez son dependientes de A), y A no es dominante de D al no participar en al menos un 50 por 100, o, expresado en las palabras de la DGT: como «no hay ninguna entidad que pueda considerarse como dominante respecto de la entidad D, hay que concluir que esta entidad, junto con sus sociedades operativas, podrán aplicar el régimen especial del grupo de entidades», y el «hecho de que las sociedades A, B y C apliquen o no el régimen especial de grupo de entidades en el Impuesto sobre el Valor Añadido no es obstáculo para que la sociedad consultante [entidad D] lo aplique respecto del grupo de entidades de la que ella es la sociedad dominante» (20).

Varias contestaciones recogen razonamientos análogos (21). Quizás el caso más curioso se presente cuando una entidad es dependiente de otra establecida en un territorio foral. En dicho supuesto, la interpretación conjunta de la Ley de IVA y de la Ley 12/2002 reguladora del Concierto Económico con el País Vasco, permiten concluir que la entidad establecida en el territorio foral no puede actuar como dominante, por lo que su «supuesta» dependiente podrá ser dominante de un grupo de entidades (22).

2.4. Sucursales establecidas fuera del territorio de aplicación del IVA

Por concluir con esta reseña de la doctrina administrativa más reciente, otras consultas tratan la posible exis-

tencia de sucursales operativas abiertas fuera del territorio de aplicación del IVA (23). A este respecto, simplemente añadir que, como la Directiva restringe el ámbito territorial del régimen de agrupación de IVA a las personas establecidas en el territorio del Estado miembro concreto, saber quién puede considerarse «establecido» en el sentido de esta disposición reviste una importancia fundamental.

La Comisión considera (24) que «establecido en el territorio de ese mismo Estado miembro» incluye a las empresas cuya sede de actividad económica está situada en el territorio del Estado que aplica el régimen de agrupación, pero no a los establecimientos situados en el exterior. No obstante, sí deben quedar incluidos los establecimientos permanentes de empresas extranjeras situados en el territorio de los estados miembros que aplican el régimen de agrupación a efectos de IVA. Por consiguiente, sólo pueden formar parte de un grupo de IVA aquellas empresas cuya sede de actividad esté situada físicamente en el territorio del Estado que haya establecido el régimen de agrupación a efectos del IVA, o los establecimientos permanentes de dichas empresas o de empresas extranjeras situados físicamente en ese mismo territorio.

En los mismos términos se regula igualmente por la norma española. Con todo ello se permite que la gestión y el control del régimen de agrupación de IVA se lleven a cabo con facilidad, puesto que todas las entidades incluidas en el grupo están sujetas a las normas del mismo Estado.

Estas consideraciones, a la vista de la sentencia TJCE de 23 de marzo de 2006 en el asunto C 210/04, FCE Bank plc, tienen como consecuencia que cuando una entidad financiera se adhiere a un grupo de IVA, se desliga de sus sucursales abiertas en el extranjero o en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla, por lo que cualquier servicio ulteriormente prestado a dichas sucursales se considerará una prestación efectuada entre dos sujetos pasivos distintos. Por tanto, el hecho de que el establecimiento permanente no tenga derecho a participar en un grupo de IVA no contradice la sentencia citada.

3. Obligaciones formales de carácter censal

A continuación, y con carácter previo al análisis del nivel avanzado, se va a realizar un análisis de las principales obligaciones formales, con excepción de las que son propias de dicho nivel avanzado, que serán analizadas con posterioridad.

3.1. Opción por la aplicación del régimen especial

El régimen especial de grupos, al configurarse como un régimen voluntario, requiere que la opción expresa

por su aplicación se ejercite mediante acuerdos de los consejos de administración (u órgano equivalente) de todas las entidades que vayan a formar parte del mismo, que deberán adoptarse antes del inicio del año natural. Para las entidades que en lo sucesivo se incorporen al grupo simplemente se distingue según sean de nueva creación (se permite su integración desde el momento de su constitución) o preexistentes (que se integran a partir del comienzo de un nuevo año natural).

La falta de adopción de dicho acuerdo por alguna de las entidades determinará su no inclusión en el grupo, sin perjuicio de la aplicación del régimen por el resto de entidades que hayan adoptado válidamente el acuerdo, salvo que la falta de éste se refiera a la entidad dominante, caso que determinaría la imposibilidad de aplicar el régimen especial.

También por acuerdo de los consejos de administración deberá aprobarse la opción por el nivel avanzado, opción que podrá ejercitarse para el primer ejercicio de aplicación del régimen de grupos, o en cualquiera posterior.

3.2. Renuncia a la aplicación del régimen especial

Transcurrido el plazo de tres años de validez mínima de la opción, el grupo podrá renunciar a la aplicación del régimen especial. Ya se ha visto que en modo alguno este plazo de permanencia de tres años implica la aplicación del nivel avanzado, pues podrá optarse por el nivel básico al año siguiente, sin necesidad de esperar más que el transcurso de un ejercicio entero, y viceversa, si se vuelve a optar por pasar del nivel básico al avanzado.

La renuncia a la aplicación del régimen especial tendrá, asimismo, una validez mínima de tres años: las entidades que hayan renunciado a la aplicación del régimen no podrán volver a optar por su aplicación, en cualquiera de sus dos niveles, en tanto no hayan transcurrido tres años desde el último año en que se aplicó.

Teniendo en cuenta que la renuncia puede ser total (de todas las entidades del grupo) o individual, y también que pueden incorporarse entidades dependientes al grupo en un momento posterior al de su constitución, pueden plantearse algunas situaciones complejas no resueltas por la norma. Por ejemplo, una entidad (A) cumple las condiciones requeridas para ser entidad dominante de un grupo y ostenta una participación de más del 50 por 100 en cuatro entidades (B, C, D y E) que cumplen las condiciones requeridas para ser entidades dependientes, pero en el año n tan sólo han optado por la aplicación del régimen la entidad dominante y dos de sus dependientes (A, B y C), y en el año $n+1$, han optado el resto de entidades (D y E).

Cabe preguntarse si sería posible que el grupo renuncie a la aplicación del régimen especial y aplique el régimen general en $n+3$, teniendo en cuenta que las entidades A, B y C han cumplido el plazo mínimo de permanencia en el régimen de tres años, pero no así D y E. La respuesta debería de ser afirmativa, por cuanto la entidad dominante tiene la facultad de renunciar por haber transcurrido el plazo mínimo previsto por la norma y la inexistencia de una entidad dominante que aplique el régimen especial impide la aplicación de dicho régimen por las dependientes; en cambio, no sería posible la renuncia individual de D o E para $n+3$ si la dominante sigue aplicando el régimen especial.

3.3. *Exclusión o pérdida del régimen especial*

La norma tiene previstas diferentes causas de exclusión del grupo para aquellas entidades en las que concurran determinadas circunstancias, tales como situación de concurso o proceso de liquidación, la disminución del porcentaje de participación por debajo del 50 por 100 o el traslado del domicilio fuera del territorio de aplicación del impuesto.

Las entidades que queden excluidas del régimen especial pasarán a aplicar el régimen general desde el período de liquidación en que se produzca la causa determinante de su exclusión. Si la entidad excluida fuera la dominante, dicha exclusión determinaría inevitablemente la extinción del grupo.

La extinción del grupo también se producirá si concurren las circunstancias que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, determinan la aplicación del método de estimación indirecta, o si se está incumpliendo la obligación de confección y conservación del sistema de información analítica (al que más adelante se hará referencia). La pérdida del régimen especial producirá efectos en el período de liquidación en que concurra alguna de estas circunstancias, debiendo todas las entidades del grupo aplicar desde ese momento el régimen general.

Un caso particular, que se ha resuelto recientemente en el ámbito de las reestructuraciones bancarias, trata el supuesto de cuando una entidad pasa a adquirir una participación superior al 50 por 100 en la entidad dominante del grupo de IVA, perdiendo ésta por lo tanto tal condición. El criterio administrativo (25) es que:

— Si se trata de un proceso de fusión en el que la absorbida sea la entidad dominante de un grupo que aplica el régimen especial, la nueva condición de entidad dominante será asumida sin solución de continuidad por la entidad absorbente, siempre que el consejo

de administración de la nueva entidad dominante así lo acuerde (en caso contrario, la aplicación del régimen especial cesará con efectos desde el día en que la fusión proyectada se realice).

— Si se trata de un proceso de integración llevado a cabo por medio de un SIP en el que alguna de las cajas de ahorros involucradas sea entidad dominante, dicha caja perderá tal condición y se extinguirá su grupo en todo caso, pasando a ser dominante el banco que se constituya como entidad central del SIP, todo ello en el momento en que este último asuma efectivamente, y con carácter vinculante, la determinación de las políticas y estrategias de negocio, así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos del SIP, momento que podrá ser, por consiguiente, posterior a la constitución nominal de dicho SIP. Evidentemente, también se extinguirá el grupo en el mismo momento indicado si el banco no adopta el acuerdo para la aplicación del régimen de grupos. La extinción del grupo en los términos expuestos no dará lugar a ningún incumplimiento del plazo legal de permanencia dentro del grupo porque en este supuesto, a diferencia del anterior, no se produce la sucesión universal en derechos y obligaciones: el nuevo grupo de IVA que se constituye con la entidad central del SIP como dominante no hereda preexistencia alguna del anterior, por tratarse de un supuesto de hecho independiente, distinto a los grupos de IVA definidos en el capítulo IX de la Ley.

Estos criterios administrativos permiten concluir que en cualquier otro supuesto de pérdida de la condición de entidad dominante (por ejemplo, porque su capital pase a estar participado en al menos un 50 por 100 por otro empresario persona jurídica) se producirá la extinción del grupo de IVA con efectos desde el momento en que se produzca esta situación, debiendo esperar al año natural siguiente para poder volver a aplicar el régimen, salvo que la condición de dominante se pierda por aportación de las participaciones representativas de su capital a una sociedad de nueva constitución, en cuyo caso cabría defender con la redacción de la norma la aplicación del régimen desde el momento de su constitución, si bien se trata de un supuesto que no está claramente regulado y que convendría confirmar por medio de consulta tributaria vinculante.

3.4. *Otras obligaciones formales*

Otras obligaciones formales, que corren a cargo de la entidad dominante en su calidad de representante del grupo ante la Administración tributaria, son: la comunicación a la Administración de la opción (y la renuncia) por la aplicación del régimen especial mediante la presentación del modelo censal 039, en el que quedan identificadas todas las dependientes, así como los porcen-

tajes de participación y fecha de adquisición de las participaciones por la entidad dominante, acompañándose todos los acuerdos del consejo de administración. Este modelo también informará de la opción, en su caso, por la aplicación del nivel avanzado del régimen especial.

El modelo 039 se empleará igualmente para comunicar con carácter anual la relación de entidades del grupo que aplican el régimen especial, así como cualquier modificación que afecte a las entidades integrantes del mismo, que podrá referirse tanto al porcentaje de participación, como a la fecha de adquisición de participaciones, o a la integración o exclusión de alguna entidad dependiente.

Finalmente, también le corresponde a la entidad dominante presentar las autoliquidaciones periódicas agregadas del grupo a través del modelo 353, procediendo al ingreso de la deuda tributaria o a la solicitud de compensación o devolución que proceda, todo ello una vez presentadas las autoliquidaciones individuales de todas las entidades del grupo.

Con independencia de ello, todas las entidades del grupo seguirán cumpliendo con las obligaciones formales derivadas de la aplicación del régimen general del impuesto, con excepción lógicamente del pago de la deuda tributaria, o de la solicitud de compensación o devolución derivada de la autoliquidación individual de cada entidad. En particular, el período de liquidación del impuesto para todas las entidades dependientes siempre coincidirá con el mes natural, empleándose el modelo 322, aunque el volumen de operaciones de cada una de ellas pudiera ser inferior a 6.010.121,04 euros.

V. APLICACIÓN DEL NIVEL AVANZADO DEL RÉGIMEN ESPECIAL

La verdadera trascendencia que comporta la tributación agrupada por el IVA consiste, en palabras de la Comisión, en la «desaparición» desde la perspectiva del IVA de las operaciones entre sus miembros. Esta importante característica adquiere toda su relevancia cuando las entidades que integran el grupo están sometidas a regla de prorrata limitando su derecho a la deducción, por cuanto la Administración «deja de percibir el IVA no deducible que debe pagarse con respecto a una *operación imponible* llevada a cabo por uno de los miembros del grupo en beneficio del otro que no tiene derecho a deducción (o sólo lo tiene parcial), ya que las operaciones internas se consideran inexistentes a efectos del IVA» (26).

En otras palabras, el grupo viene a ser, por lo que respecta al IVA, como un sujeto pasivo con diferentes sucursales. La Comisión insiste, en relación con las

operaciones intragrupo, en que deben considerarse realizadas por el propio grupo, por lo que *no existen* a los fines del IVA: se encuentran «fuera de su ámbito de aplicación» (27).

El régimen de grupos contenido en el capítulo IX de la Ley del IVA produce este mismo resultado cuando se ejercita la opción por el nivel avanzado, al establecer, por el artículo 163 *octies. uno*, una regla especial por la cual: *la base imponible de las operaciones intragrupo estará constituida tan sólo por el coste de los bienes y servicios utilizados directa o indirectamente, total o parcialmente, en su realización y por los cuales se haya soportado o satisfecho efectivamente el Impuesto*; lo que se completa con otra regla especial para la imputación del coste de los bienes de inversión que, en todo caso, deberá tener lugar dentro del período de regularización del artículo 107 de la Ley, regla que ha sido mejor explicada por la Dirección General de Tributos (28).

Esta regla ventajosa de base imponible cobra todo su sentido al llevar aparejada también una regla especial de deducción según el apartado tres del mismo artículo 163 *octies*: las cuotas soportadas que se correspondan con estos costes directos o indirectos, totales o parciales, consumidos en la realización de las operaciones intragrupo, seguirán su propio régimen de deducciones independiente por medio de la técnica del sector diferenciado, es decir, a modo de un *compartimento estanco*. Esta imputación parcial al sector diferenciado «operaciones intragrupo» incluso se contempla para aquellas adquisiciones de bienes y servicios de utilización en común en varios sectores diferenciados, lo que constituye una importante excepción a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 101. uno de la Ley, que las somete a la regla de prorrata de la entidad en función de los sectores diferenciados afectados.

Conforme a esta regla especial de deducción, cada entidad del grupo podrá deducir íntegramente las cuotas de IVA soportado en la parte que proporcionalmente se corresponda con las operaciones intragrupo, siempre que dichas operaciones sean de las que generen el derecho a la deducción según lo previsto en el artículo 94 de la Ley, que básicamente son las operaciones no exentas, aquellas por las que se repercute IVA. Además, la opción, conforme al artículo 61 bis.3 del reglamento, por la aplicación de la regla de prorrata especial dentro de este sector diferenciado «operaciones intragrupo» permite asegurar que incluso en los consumos totalmente imputables a este sector diferenciado se aplique la misma regla especial de deducción con los mismos efectos, es decir, asegurando la deducción íntegra de las cuotas soportadas en los consumos imputables a las operaciones intragrupo por las que se repercute el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Con esta construcción, la tributación agrupada en España «deja fuera» del sistema de IVA a las operaciones intragrupo mediante una especie de *traslado interno de cuotas soportadas*: una entidad podrá deducir la cuota de IVA por un consumo empleado en una operación intragrupo en la medida, y por la parte, en que dicho consumo se identifique con dicha operación intragrupo, siempre que, dicho de una forma resumida, la operación en cuestión devengue IVA y se repercuta el Impuesto a otra entidad del grupo.

De esta manera, puede afirmarse que pierde totalmente relevancia el concepto de contraprestación o precio, como por otra parte también lo tiene reconocido la DGT cuando afirma que «a los solos efectos del cálculo de la base imponible del Impuesto en las operaciones intragrupo conforme a los indicados criterios, resultará irrelevante la valoración de mercado de los servicios y, en particular, que la contraprestación pactada con las entidades dependientes sea superior a la referida base imponible» (29), lo que, dicho sea de paso, atenúa algunos de los posibles problemas que pueden derivarse de la valoración de operaciones vinculadas (las reglas de valoración de éstas siguen siendo aplicables a la hora de calcular los términos de la regla de prorrata, y por ello se obliga a que dichos importes se sigan consignando en la factura y sean asentados en los libros registro (Ereño, 2007), aunque la base imponible *liquidable* sea otra).

Dicho de una forma resumida, los criterios que deben seguirse para la determinación de la base imponible son los siguientes (30):

- No debe incluirse el margen comercial o de explotación que eventualmente pudiera obtener la entidad prestadora; únicamente se computarán las partidas de coste en que se incurra.

- De los costes que se soporten para la realización de las operaciones, sólo se computarán aquellos por los que se haya soportado o satisfecho efectivamente el Impuesto en su adquisición. Por tanto, conceptos de coste por los que no soporte el tributo, tales como costes de personal (consumos no sujetos) o gastos financieros (consumos sujetos pero exentos), no se tendrían en cuenta.

- Los bienes y servicios cuyo coste ha de integrarse en la base imponible son los utilizados total o parcialmente, directa o indirectamente, en la realización de las operaciones. Por eso, tratándose de bienes y servicios que se utilizan total y directamente para la realización de las operaciones internas, se computará su coste íntegro siempre que se haya soportado efectivamente el Impuesto.

Esta técnica fiscal adquiere mayor relevancia al permitirse dentro del nivel avanzado (conforme el artículo 163 *sexies.cinco*) la facultad de poder *renunciar a las exenciones* reguladas en el artículo 20.uno de la Ley. El reglamento del IVA, por su parte, aclara que esta facultad de renunciar a la exención puede efectuarse operación por operación, es decir, sin vincular al resto de las operaciones intragrupo, y con independencia de que las cuotas repercutidas puedan ser no deducibles para la entidad adquirente, como sería el caso de un banco o una caja de ahorros que aplican la regla de prorrata que limita la deducción del IVA soportado.

Pero quizá lo más llamativo de este nivel avanzado del régimen no sea la forma de valorar la base imponible, sino la manera de calcular la cuota repercutida intragrupo. La regulación normativa del régimen guarda silencio al respecto, pero la DGT ha venido a resolver el misterio aplicando, con un espíritu lógico, la filosofía antes apuntada del *traslado intragrupo de cuotas soportadas*: el tipo impositivo aplicable a las operaciones internas deberá determinarse «de forma coherente con el propio procedimiento de determinación de la base imponible de las operaciones, de tal forma que deberá aplicarse el mismo tipo impositivo que correspondió con la adquisición de los bienes y servicios consumidos cuyo coste se integra en la base imponible» (31) siguiendo la siguiente mecánica:

- Se determinará para cada uno de los consumos de bienes y servicios utilizados directa o indirectamente, total o parcialmente, para la realización de las operaciones, y que por lo tanto van a formar parte de la base imponible de la operación interna, el tipo impositivo que fue aplicable cuando se produjo la adquisición de los referidos bienes y servicios.

- La cuantía de la base imponible total de la operación se dividirá en la proporción que corresponda con el tipo impositivo general o los tipos reducidos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 90 y 91 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

- Por último, se repercutirán a la entidad destinataria de la operación los diferentes tipos impositivos según corresponda sobre la parte de la base imponible, así calculada, que se derive de la imputación del coste de bienes y servicios en cuya adquisición se hubiera soportado o satisfecho el Impuesto.

Como resumen de lo anterior, cabe recapitular resaltando dos comentarios principales:

- 1) Adquiere una relevancia esencial la cuantificación de la base imponible de las operaciones intragrupo porque ahora esta magnitud, a los efectos de la repercu-

sión del impuesto, ya queda completamente desligada del concepto de contraprestación o precio.

2) La deducción de las cuotas soportadas de IVA deberá tener en cuenta qué parte de los consumos procede imputar a las operaciones intragrupo no exentas. *Sensu contrario*, las cuotas soportadas imputables al resto de consumos intragrupo serán no deducibles, y la parte imputable a los consumos ajenos a las operaciones intragrupo se deducirán conforme a la regla de deducción que les corresponda.

Estos dos comentarios deben conciliarse a la luz de los principios rectores de la consolidación en IVA; a saber, que este régimen especial constituye, ante todo, una medida de simplificación administrativa y que su aplicación no puede provocar ninguna ventaja ni, desde luego, perjuicio injustificados. Esta reflexión adquirirá pleno sentido con el análisis de la obligación de confeccionar un sistema de información analítica, como a continuación se va a tener oportunidad de comprobar.

VI. SISTEMA DE INFORMACIÓN ANALÍTICA

La opción por el nivel avanzado del régimen de IVA le impone a la entidad dominante como obligación administrativa de carácter formal que la correcta determinación de la base imponible de las operaciones intragrupo, así como la aplicación del tipo impositivo correspondiente, se realice por medio de un sistema de información analítica en los términos del apartado cuatro, del artículo 163.*nonies* de la Ley (32).

Esta obligación formal es esencial, puesto que su incumplimiento puede dar lugar a una sanción por importe del 2 por 100 del volumen de operaciones del grupo. Además, una llevanza incorrecta también puede ser grave, por cuanto las inexactitudes u omisiones en el sistema de información también pueden ser sancionables con multa del 10 por 100 del importe de los bienes y servicios adquiridos a terceros a los que se refiere la información inexacta u omitida.

Por eso, interesa ahora precisar muy bien los estrictos términos en los que se impone esta obligación con la finalidad de acotar bien el tipo de infracción contemplado en la Ley.

El artículo 163.*nonies*.cuatro expresa con claridad que el contenido del sistema de información analítica debe de tener por objeto las operaciones intragrupo a las que se refiere el artículo 163.*octies*.uno —y no el resto de las operaciones intragrupo o extragrupo (Fernández Junquera, 2008)—, es decir, *exclusivamente las operaciones por las que se repercute el IVA*, en el mismo sentido que el apuntado por la Dirección General de Tributos (33).

A la misma conclusión puede llegarse a partir del artículo 61.*quinquies*.1 del reglamento, cuando, en su letra d), establece que el sistema de información analítica deberá explicar los criterios utilizados para la imputación del coste de los bienes y servicios *a la base imponible de las operaciones intragrupo*, criterios que deberán especificarse en una memoria atendiendo a la utilización real de los citados bienes y servicios en las operaciones intragrupo (sin perjuicio de la utilización de cualesquiera otros, como la imputación proporcional al valor normal de mercado de dichas operaciones en condiciones de libre competencia cuando se trate de bienes y servicios cuya utilización real resulte imposible de concretar).

Llegados a este punto, hay que darse cuenta de que las operaciones intragrupo que estén exentas (y siempre, claro está, que no se renuncie a la exención por las mismas), y también las no sujetas, *no son operaciones imposables en la esfera del IVA*, y por lo tanto *no tienen base imponible*, sin perjuicio que deban valorarse, por ejemplo, a los efectos de los términos de la regla de prorrata, cuestión que no tiene nada que ver con las finalidades del sistema de información analítica si nos atenemos estrictamente a la regulación de esta obligación.

Como deducción lógica de ello, puede afirmarse que no pertenece al ámbito obligatorio del sistema de información el análisis de los costes de los bienes y servicios incurridos (directa o indirectamente, total o parcialmente) en la realización de las operaciones exentas, como por ejemplo las operaciones financieras, puesto que la finalidad de dicho sistema reside tan sólo en permitir conocer las imputaciones interiores de cuotas de IVA, y por las operaciones exentas no hay nada que trasladar intragrupo.

Esta conclusión está respaldada por la redacción de los preceptos citados, es coherente y se ajusta a la finalidad perseguida por la norma, que se puede resumir así: en el artículo 163.*octies*.uno reside la verdadera ventaja resultante de la aplicación de este régimen especial; a saber, que la base imponible de las entregas de bienes y prestaciones de servicios intragrupo está constituida tan sólo por el coste de los bienes y servicios utilizados en su realización y por los cuales se haya soportado o satisfecho efectivamente el Impuesto.

Esta regla tan ventajosa de base imponible lleva lógicamente aparejada la obligación de llevar un sistema de información, precisamente para permitir cuantificar dicha base imponible con seguridad jurídica y facultar a la Administración la comprobación de la aplicación del régimen especial. En otras palabras, se hace necesario analizar el coste de los bienes y servicios que reúnan dos condiciones:

a) que por ellos se haya soportado o satisfecho efectivamente el IVA y

b) que hayan sido utilizados directa o indirectamente, total o parcialmente, en la realización de las entregas de bienes y prestaciones de servicios intragrupo.

Pero la norma que establece esta obligación deja patente que su finalidad es comprobar la aplicación del 163.octies.Uno, que trata exclusivamente de la base imponible de las entregas de bienes y prestaciones de servicios intragrupo. Luego, en ausencia de base imponible, carece de finalidad el sistema de información, como por otra parte corrobora el artículo 61.quinquies.1.d) del reglamento del Impuesto.

Con todo ello, es perfectamente comprensible que, si se opta por la aplicación del nivel avanzado, y a la vez se incumple esta regla mínima de documentación que permite a la Administración comprobar la cuantificación de las nuevas bases imposables intragrupo, entre en juego un fuerte régimen sancionador.

Pero no puede aceptarse que, más allá de este objetivo lógico y razonable, el sistema de información analítica sea un fin en sí mismo y que deba entrar a analizar otras cuestiones diferentes como el análisis de los consumos incurridos por las operaciones exentas y los criterios de deducción de cuotas, puesto que estos extremos, como tales, no forman parte del objeto del sistema, al menos tal y como está regulado por la norma si nos atenemos a su redacción.

Además, no olvidemos que este régimen especial es, ante todo, una medida de simplificación administrativa. Por lo tanto, no hay inconveniente en que el sistema de información analítica se confeccione de forma tan ambiciosa como se quiera, pero, más allá de sus estrictos términos, nunca podrá dar lugar a sanciones.

Siguiendo con este razonamiento y considerando el tantas veces aludido principio de simplificación, es perfectamente posible que, por aplicación del principio de importancia relativa, la entidad dominante opte por que determinadas operaciones intragrupo no exentas puedan ser despreciadas en el análisis. En tales casos, la entidad prestadora les aplicará el régimen general, que comporta una base imponible superior y un ingreso de IVA más elevado.

Esta solución práctica, que en ningún caso comporta ventajas fiscales, sí podría determinar algún perjuicio para las entidades, pero sobradamente justificado por el principio de eficiencia en la gestión fiscal. Por todo ello, y teniendo en cuenta la ausencia de merma recaudatoria para las arcas públicas, este tipo de inexactitudes u omisiones en el sistema de infor-

mación tampoco podría dar lugar a la imposición de sanciones.

Veamos todo ello con un ejemplo. Una caja de ahorros es la dominante de un grupo de IVA con una sola entidad dependiente cuyo objeto social lo constituyen las actividades propias de un club deportivo. La entidad dependiente le presta a la caja de ahorros un servicio de publicidad, en el marco del típico contrato de patrocinio publicitario sujeto y no exento de IVA, cuotas de IVA no deducibles para la caja de ahorros por encontrarse en regla de prorrata.

Pues bien, si el club deportivo pretende reducir la base imponible por la que repercute el IVA a la caja de ahorros, qué menos que documente los cálculos aplicados por medio de criterios razonables de imputación de los bienes y servicios utilizados directa o indirectamente, total o parcialmente, en la realización del servicio publicitario indicado (dicho sea de paso: la mayoría de estos consumos no formarán parte de la base imponible intragrupo por tratarse de las nóminas de los deportistas). Pero no perdamos de vista la necesaria simplicidad del régimen: el sistema de información analítica deberá ser sencillo. Cualquier otra pretensión va en contra del principio rector del régimen de consolidación en IVA.

Por ese motivo, en el caso de que la entidad dependiente sea destinataria de servicios no exentos de IVA prestados por la caja de ahorros, tales como comisiones de gestión de cobro de efectos comerciales, recargas de teléfonos móviles, custodia de valores o alquiler de cajas de seguridad, etc., nada impide que la caja de ahorros opte por despreciar estas operaciones a los efectos del régimen especial y repercutir el IVA general al club deportivo. Esta solución aporta una enorme simplicidad al sistema, y además, en ningún caso puede provocar merma recaudatoria ni supone ventaja alguna para los miembros del grupo de IVA, más allá de la simplificación operada, economías de índole administrativo que compensan con creces cualquier perjuicio que pudieran soportar estas entidades como consecuencia del aumento de la carga fiscal.

Por eso, carece de todo sentido denunciar que, en un caso como éste, el sistema de información analítica contiene inexactitudes u omisiones sancionables, entre otras cosas porque no se da el presupuesto de hecho preceptivo para la imposición de sanciones, como es la conducta culpable.

Todo ello, lógicamente, deberá quedar bien explicado y justificado en la memoria del sistema de información analítica, pudiendo abordar todas las simplificaciones que se quiera *con el único límite de que no se vea mermada la función pública recaudatoria*. Este tipo

de soluciones aumentarán siempre la carga fiscal del grupo de IVA, por lo que carece de sentido identificar la comisión de infracciones tributarias, una vez ha quedado ya claro que el sistema de información analítica no es en absoluto un fin en sí mismo, sino el medio para llevar a cabo una medida que, ante todo, tiene por finalidad la simplificación administrativa.

Bajo estas premisas, queda protegido el espíritu auténtico del sistema de información analítica, que no es otro que el mandato impuesto por el artículo 242 de la Directiva: «Los sujetos pasivos deben llevar una contabilidad suficientemente detallada para hacer posible la aplicación del IVA y su control por la Administración fiscal».

Una buena recomendación puede ser también, a la luz de todos estos principios, someter a la valoración previa de la Administración tributaria los criterios del sistema de información analítica, si bien es verdad que siguen pendientes de dictarse por parte de la ministra de Economía y Hacienda las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de esta valoración previa.

Este acuerdo previo con la Administración también podría emplearse para documentar los criterios empleados para la deducibilidad de las cuotas soportadas de IVA, siempre bajo la óptica de la más ambiciosa simplicidad dentro de los límites de la protección de la función pública recaudatoria.

VII. COMENTARIO RECAPITULATIVO

El capítulo IX de la Ley del IVA contempla dos modalidades de tributación:

1) Un sistema de simple agregación (Franch, 2009) o de mera compensación automática intragrupo (Rodríguez Vegazo, 2007), que no constituye ni mucho menos un régimen de tributación consolidada en el IVA, y que, por lo tanto, queda al margen de todas las consideraciones que se han hecho en relación con el artículo 11 de la Directiva y la doctrina de la Comisión, y cuya gestión fiscal no genera ningún tipo de problemática ni está sujeta a controversia alguna.

2) El nivel avanzado, que sí representa un sistema de tributación consolidado en el IVA, pues produce el mismo resultado que la consideración de un sujeto pasivo único.

El nivel avanzado tiene por finalidad última que, sea cual sea la entidad del grupo a través de la cual se hayan soportado las cuotas de IVA, la deducción de éstas sea la que corresponda a aquella entidad que realmente utiliza los bienes y servicios origen de tales cuotas en la

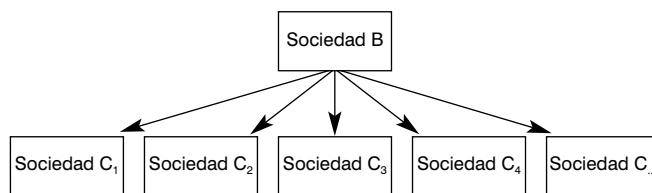
realización de operaciones con terceros. El importe de las citadas cuotas será el mismo que aquel por el que se soportaron por primera vez desde fuera del grupo, ya que la base imponible de las operaciones intragrupo es el coste con IVA, trasladándose así vía repercusión y deducción las mismas cuotas. Con estas palabras explica Rodríguez Vegazo (2007) el espíritu del régimen, concluyendo que en el nivel avanzado «lo que se prescribe es que la entidad que entrega bienes o presta servicios a otra entidad del grupo *se transparente por así decirlo en el IVA*, produciendo el mismo efecto que si las cuotas soportadas lo hubieran sido directamente por la entidad que realmente utiliza los bienes y servicios en operaciones para destinatarios ajenos al grupo».

Este objetivo se logra plenamente cuando se renuncia a la exención por todas las operaciones que pudieran estar exentas. Veamos un sencillo ejemplo (esquema 2).

La sociedad B es la dominante de un grupo cuyas dependientes son las entidades C_n . En este ejemplo, las entidades dependientes C_n no realizan operaciones frente a terceros, pues toda su operativa se dirige exclusivamente a la sociedad B (quien, a su vez, no presta servicios intragrupo sino sólo a terceros). Además, los servicios que prestan las entidades C_n son de tracto continuado o sucesivo y no se ha pactado contraprestación por ellos, pudiendo estar algunos exentos de IVA, como sería el caso de las operaciones financieras o de la mediación en las operaciones financieras realizadas por la sociedad B.

Pues bien, si las entidades C_n renuncian a la exención por todas sus operaciones que pudieran haber quedado exentas (de manera que se asegure que toda su operativa esté no exenta de IVA), el sistema de información analítica será bien sencillo: la factura que cada entidad C_n deberá emitir en cada 31 de diciembre estará compuesta por la totalidad de su libro registro de facturas recibidas en el ejercicio, que ya expresa con todos los desgloses las cuotas soportadas que, tal cual, serán trasladadas intragrupo a la sociedad B, de tal manera que esta sociedad B, auténtica consumidora mediata de las adquisiciones, practique la deducción en las mis-

ESQUEMA 2



mas condiciones que se darían en ausencia de las entidades dependientes C_n (como si no se hubieran constituido, o simplemente se hubieran absorbido por la sociedad B). Con este modelo se cumple plenamente el resultado antes apuntado de transparencia fiscal en el IVA, que produce resultados equivalentes al sujeto pasivo único preconizado por la Directiva.

En el caso de que la sociedad B tuviera otra dependiente (distinta de estas entidades C_n) a la que le prestara servicios o que recibiera servicios de ella, estas operaciones intragrupo deberían ser objeto de análisis en el sistema de información analítica confeccionado bajo los principios expuestos en el apartado anterior, es decir, sólo y en la medida en que dichas operaciones supusieran imputaciones interiores de cuotas por tratarse de operaciones no exentas (o exentas por las que se hubiera renunciado a la exención).

En cualquier caso, si al final las dudas acerca de la confección de este sistema de información analítica no compensaran la aplicación del régimen de tributación consolidada, y sin necesidad de esperar tres años, bastaría con que en el mes de diciembre del ejercicio se optara para el año siguiente por el nivel básico de mera agregación, en el que deja de tener incidencia alguna cualquier sistema de información analítica, al no tratarse propiamente de un régimen de consolidación en IVA.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

A modo de conclusión, la primera reflexión que uno puede realizar es si, a la vista de la sentencia TJCE de 22 de mayo de 2008, en el asunto C 162/07, *Amplisientífica Srl y Amplifin SpA*, el régimen de consolidación en IVA que representa el nivel avanzado del régimen de grupos contenido en el capítulo IX de la Ley del IVA es conforme al artículo 11 de la Directiva.

Varias consideraciones pueden realizarse al respecto, comenzando por la primera de ellas, a saber, que el estado español cumplió con el trámite previo de elevar consulta al Comité del IVA, por lo que, en caso de contravención de la Directiva, algo debería de haberse dicho. En contra de esta consideración cabe decir que la sentencia TJCE de 14 de septiembre de 2006, en el asunto C 228/05, *Stradasfalti Srl*, afirma, en su párrafo 31, que la Directiva no prevé ninguna obligación en cuanto al resultado de la consulta al Comité IVA y, en particular, no obliga a este Comité a pronunciarse a favor o en contra de la medida nacional por la que se establece el régimen especial. En consecuencia, nada impide que el Comité del IVA se limite a tomar conocimiento de la facultad ejercitada por el Estado miembro para establecer un régimen de grupos de IVA.

Así pues, una vez aclarado que esta consulta previa al Comité del IVA, aunque preceptiva para la validez del régimen, no deja de ser un mero trámite, lo siguiente que cabe plantearse es qué relevancia a este respecto cabe atribuir al procedimiento de infracción abierto contra España y a su resolución favorable. Sería lógico concluir que, en la medida en que la Comisión, tras el estudio correspondiente de los diferentes regímenes de agrupación en IVA, decidió emprender acciones judiciales contra algunos estados miembros, pero no contra España, nuestro sistema de consolidación en IVA se ajusta a los criterios de la Comisión.

Otras consideraciones también pueden realizarse al respecto. La iniciativa adoptada por la Comisión de revisar las diferencias existentes entre los distintos regímenes de agrupación en IVA en función de los estados miembros puede ser más bien interpretada como un mero intento de aproximación y de coordinación, habiendo centrado su revisión tan sólo en aquellos aspectos de mayor relevancia con la finalidad de poner un poco de orden entre tanta discrepancia. Así pues, las conclusiones que pueden extraerse de la exposición realizada en este estudio tampoco garantizan realmente que, en caso de llevarse este régimen especial de grupos ante el TJCE, pudiera sobrevivir a una contraposición con la Directiva del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Aspectos tales como la identificación fiscal de los miembros del grupo, la existencia de base imponible en las operaciones internas y la necesidad de implementar un sistema de información analítica como herramienta básica para la gestión fiscal del régimen especial, arrojan no pocas dudas frente a lo que sería la consideración de un sujeto pasivo único como expresa la Directiva.

Quizá pueda pensarse que la Comisión no quiso ser tan ambiciosa en su iniciativa, al menos en una primera instancia; o al menos sí que lo fue en cuanto al alcance (al pretender abarcar de una tacada a todos los estados miembros), pero no en cuanto al detalle de los diferentes regímenes existentes; y en su lugar optó más bien por centrarse tan sólo en las diferencias más significativas, centrando el tiro en aquellos casos en los que sí que era urgente imponer un criterio uniforme, como las limitaciones de aplicación del régimen a determinados sectores empresariales (34), la inclusión de no empresarios en el perímetro del grupo (35) y el incumplimiento procedimental de la consulta previa (36).

Ahora bien, tampoco debe obviarse que la Comisión es rotunda cuando literalmente entiende que (37):

— Frente a terceros, el grupo de IVA actúa como un único sujeto pasivo.

— Todas las entregas de bienes y servicios realizadas por cualquiera de los miembros del grupo a un destinatario no perteneciente al mismo deben considerarse efectuadas por el propio grupo, y no por uno de sus miembros. Paralelamente, las entregas de bienes y prestaciones de servicios por parte de terceros a uno o varios miembros de la agrupación deben considerarse efectuadas a la propia agrupación.

— Las importaciones y adquisiciones intracomunitarias efectuadas por los miembros del grupo deben considerarse efectuadas por éste. Así pues, la situación del grupo, por lo que respecta al IVA, y la consideración de sus operaciones entrantes y salientes son plenamente comparables a las de un sujeto pasivo con diferentes sucursales.

Con estos planteamientos, poco ayudan expresiones tales como que «la entidad dominante (...) tiene el carácter de representante del grupo, pero *no constituye sujeto pasivo que sustituya la identidad propia como tales de las entidades conformantes de aquel*» (38).

Con todo ello, como conclusión de este estudio debe considerarse que toda esta discusión es estéril, al menos en lo que respecta a las relaciones con la Administración tributaria de las entidades que optan por el régimen especial.

Mientras no se sustancie, si es que algún día se llega a ello, este régimen en el TJCE, la Administración tributaria no puede dudar de la legalidad de la norma española y debe aplicarla con arreglo a los principios de simplicidad administrativa que se han expuesto con suficiente detalle. Esta conclusión, por otra parte, confiere la necesaria seguridad jurídica que requieren los operadores privados para adentrarse en un régimen novedoso como éste, con una regulación que, por la urgencia con la que se tramitó, contiene bastantes dudas interpretativas.

En este trabajo, se ha intentado realizar un enfoque diferente al régimen especial de grupos, precisamente con la finalidad de despejar las dudas que pudieran existir acerca de su validez a la luz de la Directiva, y también para dejar asentadas las grandes directrices que deberán ser tomadas en consideración a la hora de resolver las lagunas de regulación fácilmente detectables, que se añaden a la complejidad intrínseca del IVA en el sector bancario.

NOTAS

(1) Nota de prensa de 2 de julio de 2009 IP/09/ 1078 (último párrafo), Bruselas.

(2) Nota de prensa de 20 de noviembre de 2009 IP/09/ 1768, Bruselas.

(3) Nota de prensa de 20 de noviembre de 2009 IP/09/ 1768, Bruselas. En el índice de «Infringement cases by country» se añade un inciso con el siguiente tenor: «Proceedings against Spain closed on 5/05/2010 (Spain changed its legislation)», según puede comprobarse en http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/infringements/infringement_cases/bycountry/index_en.htm.

(4) Comunicación COM(2009) 325, final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009.

(5) Comunicación COM(2009) 325, final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009; apartado 3.4.1. *in fine*.

(6) Comunicación COM(2009) 325, final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009; apartado 3.5.3.

(7) Consulta vinculante DGT V2397-08, de fecha 16 de diciembre de 2008.

(8) Consulta vinculante DGT V2651-07, de fecha 10 de diciembre de 2007.

(9) Consultas vinculantes DGT V0988-08, de 16 de mayo de 2008, y V2651-07, de fecha 10 de diciembre de 2007.

(10) Consulta vinculante DGT V2051-08, de 5 de noviembre de 2008.

(11) Nota de prensa de 20 de noviembre de 2009 IP/09/ 1768, Bruselas.

(12) Consulta vinculante DGT V2642-09, de fecha 30 de noviembre de 2009.

(13) Programa Informa de la AEAT. Consulta de fecha 19 de febrero de 2010, REF. 130095.

(14) Consulta vinculante DGT V0022-10, de fecha 18 de enero de 2010.

(15) Consulta vinculante DGT V0037-10, de fecha 18 de enero de 2010.

(16) Comunicación COM(2009) 325, final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009, apartado 3.4.4.

(17) Consulta vinculante DGT V0988-08, de 16 de mayo de 2008.

(18) Consultas vinculantes DGT V1931-08, de 27 de octubre de 2008, y V0266-09, de fecha 12 de febrero de 2009.

(19) Consulta vinculante DGT V2437-09, de 30 de octubre de 2009.

(20) Consulta vinculante DGT V2051-08, de fecha 5 de noviembre de 2008.

(21) Consultas vinculantes DGT V0323-08, de 14 de febrero de 2008, y V2429-08, de fecha 18 de diciembre de 2008.

(22) Consulta vinculante DGT V1099-10, de fecha 25 de mayo de 2010.

(23) Consultas vinculantes DGT V0674-08, de fecha 3 de abril de 2008, y V1021-09, de fecha 8 de mayo de 2009.

(24) Comunicación COM(2009) 325, final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del

Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009, apartado 3.3.2.

(25) Consulta vinculante DGT V2302-10, de 26 de octubre de 2010.

(26) Comunicación COM(2009) 325, final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009, apartado 3.5.2.

(27) Comunicación COM(2009) 325 final de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009; apartado 3.4.3.

(28) Consulta vinculante DGT V0989-08, de fecha 16 de mayo de 2008.

(29) Consulta vinculante DGT V1105-07, de fecha 25 de mayo de 2007.

(30) Consulta vinculante DGT V2373-09, de fecha 26 de octubre de 2009.

(31) Consulta vinculante DGT V2373-09, de fecha 26 de octubre de 2009.

(32) Consulta vinculante DGT V2373-09, de fecha 26 de octubre de 2009.

(33) Consulta vinculante DGT V2373-09, de fecha 26 de octubre de 2009.

(34) Caso de Suecia y Finlandia, al limitar el régimen al sector financiero y asegurador, según nota de prensa de 20 de noviembre de 2009 IP/09/ 1768, completada por otra de 24 de junio de 2010 IP/10/ 795, Bruselas.

(35) Caso de Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido, Dinamarca, República Checa y España, según nota de prensa de 20 de noviembre de 2009 IP/09/ 1768, completada por otra de 24 de junio de 2010 IP/10/ 795, Bruselas.

(36) Caso de Países Bajos, según nota de prensa de 20 de noviembre de 2009 IP/09/ 1768, completada por otra de 24 de junio de 2010 IP/10/ 795, Bruselas.

(37) Comunicación COM(2009) 325, final, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo referente a la posibilidad de formar grupos de IVA, prevista en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, Bruselas 2 de julio de 2009, apartado 3.4.2.

(38) Consulta vinculante DGT V2439-10, de fecha 15 de noviembre de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ SUSO, MARCOS, y ROMERO DE LA VEGA, ANTONIO (2007), «El nuevo régimen especial del grupo de entidades», *Actum comentario de autor*, n.º 2, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

DE BUNES IBARRA, JOSÉ MANUEL, y VERDÚN FRAILE, EDUARDO (2008), «Novedades en el Impuesto sobre el Valor Añadido: referencia a los cambios normativos, jurisprudenciales y doctrinales operados en el mismo», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 301, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

EREÑO GARCÍA, OLATZ (2007), «Modificaciones en el Reglamento del IVA», *Forum Fiscal*, CISS grupo Wolters Kluwer, Madrid.

FERNÁNDEZ JUNQUERA, MANUELA (2008), «El régimen especial del Grupo de Entidades en el IVA», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 280, Wolters Kluwer España, Madrid.

FRANCH FLUXÁ, JUAN (2009), «Comentarios en torno al nuevo régimen especial de grupos de entidades en el Impuesto sobre el Valor Añadido», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 288, Wolters Kluwer España, Madrid.

— (2010), «El régimen de grupos de entidades en el IVA y su aplicación a las fundaciones», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 332, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

GARCÍA CASTELAO, ANDREA (2008), «El régimen especial del grupo de entidades en el Impuesto sobre el Valor Añadido», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 299, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

GRANIZO LABRANDERO, M^a BLANCA, y VERDÚN FRAILE, EDUARDO (2009), «Novedades en el Impuesto sobre el Valor Añadido: referencia a los cambios normativos, jurisprudenciales y doctrinales operados en el mismo», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 312, Centro de Estudios Financieros, Madrid.

RODRÍGUEZ VEGAZO, ANTONIO JOSÉ (2007), «El régimen especial del Grupo de entidades en el IVA», *Carta Tributaria Monografías*, n.º 5/2007, CISS grupo Wolters Kluwer, Madrid.

SÁNCHEZ GALLARDO, F. JAVIER (2008), *Consolidación Fiscal en el IVA*, Memento Experto, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

SEVILLA SEGURA, JOSÉ V. (1987), *Diez lecciones sobre financiación pública y diseño tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

El impuesto autonómico sobre depósitos bancarios

Isaac Merino Jara

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley 14/2001, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Crédito (en lo sucesivo, IDEC), Extremadura, con base en lo dispuesto por los artículos 156 y 157.1.b) de la Constitución Española y 54 y 57.b) del Estatuto de Autonomía de Extremadura creó un impuesto propio, destinado, según su exposición de motivos, a gravar la obtención de fondos reembolsables por parte de bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito que operen en Extremadura. Su aparición en el panorama jurídico resultó muy controvertida, como, por lo demás, ha ocurrido con muchos de los «impuestos propios» creados por las comunidades autónomas, pocos de los cuales no se han recurrido ante el Tribunal Constitucional por el Estado. En ocasiones, pocas es verdad, ese recurso ha sido retirado (particularmente, con respecto a Extremadura, *cfr.* el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura publicado en el *BOE* de 26 de mayo de 2005, en relación con los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y contra el impuesto sobre suelo sin edificar y edificaciones ruinosas). No es éste el caso, puesto que el recurso sigue pendiente (Recurso de inconstitucionalidad número 1894-2002), como bien se han encargado de recordar desde Andalucía con ocasión de la aprobación de un impuesto similar, el Impuesto sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito (en lo sucesivo, IDEC), mediante el Decreto Ley 4/2010, de 6 de julio.

Los contextos en los que se aprueban ambos impuestos son distintos, pero, al fin y a la postre, son prácticamente iguales.

Es evidente que el impuesto andaluz se ha mirado en el espejo del extremeño y ha pretendido, con éxito,

desde nuestro punto de vista, corregir algunas deficiencias detectadas en la regulación del primero, a las que después nos referiremos. Como decíamos, ambos son sustancialmente iguales, y ambos tienen una vocación recaudatoria, pero, al tiempo, tienen una finalidad no fiscal. La exposición de motivos de la ley extremeña habla, entre otras cosas, de que un objetivo irrenunciable de ella «es atajar el endémico problema de la fuga de ahorro que sufre Extremadura y que ha propiciado durante décadas un proceso de descapitalización y «exportación» del ahorro». No parece dejar lugar a equívocos la exposición de motivos del Decreto Ley 4/2010, de 6 de julio: el nuevo impuesto andaluz constituye una medida fiscal más para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad. Sea como fuere, al margen de lo que digan las respectivas exposiciones de motivos, lo cierto es que del articulado de ambos textos normativos (que ya veremos que es muy similar), y particularmente de determinadas deducciones específicas, se desprende que la finalidad extrafiscal está muy presente en ambos, lo que podría tener importancia de cara a confirmar su constitucionalidad, según se desprende del ATC 456/2007 (Pleno) de 12 de diciembre, que declara la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el impuesto andaluz sobre depósito de residuos radiactivos. Particular interés tiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 27 de julio de 2010, que, refiriéndose al impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, declara:

La función extrafiscal de los tributos tiene acomodo constitucional en el ámbito del poder tributario autonómico, y en este caso, en modo alguno, el nuevo Impuesto autonómico ha mermado la capacidad recaudatoria de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma de Extremadura. La materia imponible o fuente de riqueza gravada en los tributos locales en nada resulta afectada por la imposición del tributo autonómico de actividades que incidan

en el medio ambiente. No existe disminución de la recaudación de los tributos locales, y ello es así debido a que no existe similitud de materias impositivas. El Impuesto autonómico en nada perturba ni incide en el poder tributario local sino que funciona independientemente de las figuras impositivas locales que existen. El Legislador autonómico no ha creado una nueva fuente de ingresos públicos con fines genéricamente fiscales, sino un tributo finalista encaminado a corresponsabilizar a los creadores de riesgos para el medio ambiente y la estimulación de actividades menos perturbadoras del mismo. El Impuesto tiene, por tanto, un carácter extrafiscal al gravar las actividades que inciden en el medio ambiente, conforme a la configuración efectuada por el Legislador, teniendo los ingresos un carácter finalista al estar destinados a financiar medidas y programas de carácter medioambiental, pudiéndose afirmar que el carácter finalista del tributo se materializa en unos términos que pueden reputarse respetuosos con la prohibición de doble imposición establecida en el artículo 6,3 LOFCA. Este precepto, en la redacción anterior a la reforma efectuada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, prohíbe el establecimiento de impuestos autonómicos que incidan sobre una materia imponible gravada por las Entidades Locales, aseveración que sólo es posible partiendo de la confrontación entre dos impuestos fiscales, lo que no sucede cuando estamos ante un impuesto autonómico extrafiscal como es el Impuesto sobre actividades que incidan en el medio ambiente y otros impuestos locales fiscales como son el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y el Impuesto sobre Actividades Económicas.

Ni mucho menos son temas pacíficos, por un lado, el mantenimiento del impuesto extremeño (de hecho en el Anteproyecto de Ley de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2011 se prevé un incremento de las cuotas, de manera que durante este año se acaben recaudando 4.500.000 euros) y, por otro, el establecimiento (con efectos 1 de enero de 2011), en la actual coyuntura, de un nuevo impuesto de esta naturaleza (el andaluz), dadas las dificultades de financiación de las entidades de crédito españolas. Efectivamente, éstas, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de los dos últimos años, y particularmente, durante el primer semestre de 2010, han tenido unas dificultades enormes para acceder al mercado interbancario internacional, y ya se ha visto la influencia negativa que ello está teniendo sobre la economía. Dichas medidas se trasladan a 1 de enero de 2011, quizás en el entendimiento de que para este año la mejoría de la economía ya será perceptible.

Realizaremos un análisis conjunto de ambos impuestos. Primero nos fijaremos en sus aspectos esenciales, desde el punto de vista de su estructura. En segundo lugar, examinaremos su constitucionalidad, puesto que, como decimos, el impuesto extremeño está recurrido

ante el Tribunal Constitucional, y decimos también que desde Andalucía no se descarta —es más, parece que se está seguro de que así será— que el Estado recurra su regulación. Naturalmente, examinaremos la constitucionalidad de la regulación del impuesto autonómico de depósitos bancarios desde la perspectiva actual. Avancemos ya que algunas dudas que se suscitaron sobre el impuesto extremeño pueden haberse, a estas alturas, disipado, por lo que, dejando a un lado el problema de los actos aplicativos del tributo producidos desde su entrada en vigor, muy probablemente, el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad no se pronuncie sobre la adecuación del impuesto a los preceptos de la LOFCA vigentes al tiempo de su aprobación, sino sobre la adecuación del mismo a los preceptos vigentes al tiempo en que el Tribunal Constitucional acabe dictando su sentencia. Todo ello acorde con la doctrina del *ius superveniens* que ha sido aplicada por el TC en numerosas ocasiones, entre otras, en las siguientes sentencias: 87/1985, de 16 de julio; 137/1986, de 6 de noviembre; 27/1987, de 27 de febrero; 154/1988, de 21 de julio; 170/1989, de 19 de octubre; 28/1997, de 13 de febrero; 1/2003, de 16 de enero; 109/2003, de 5 de junio; 14/2004, de 13 de febrero; 47/2004, de 25 de marzo; 178/2004, de 21 de octubre; 135/2006, de 27 de abril; 13/2007, de 18 de enero. En todas ellas se ha declarado que el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo a las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictarse la correspondiente sentencia, lo cual sería muy beneficioso para Extremadura, tanto en la colisión del impuesto extremeño con los impuestos locales, habida cuenta la modificación del artículo 6.3 de la LOFCA, como en su confrontación con los impuestos estatales.

No podemos dejar de mencionar que el artículo 6,3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, ha sido reformado por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre; pues bien, nada mejor que recoger las siguientes palabras de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 27 de julio de 2010: «La reforma legal pretende clarificar también los límites para la creación de tributos propios por las Comunidades Autónomas. Para ello y con el fin de reducir la conflictividad, se modifica el artículo sexto de la LOFCA para que las reglas de incompatibilidad se refieran al “hecho imponible” y no a la “materia imponible”, con lo que habría un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales, con una delimitación similar a la que existe en relación con los tributos estatales» (preámbulo de la Ley Orgánica 3/2009). Es importante tener en cuenta esta modificación legislativa pues es doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en la sentencia número 168/2004, y las ahí citadas, la siguiente: «Este cambio normativo reviste indudables consecuencias para

nuestro examen acerca de la compatibilidad del gravamen autonómico impugnado con las bases estatales en los subsectores energéticos concernidos, pues, como hemos recordado recientemente, «la legislación básica del Estado a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en este tipo de proceso constitucional... ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión sobre la regularidad constitucional (STC 87/1985, 137/1986, 27/1987 y 154/1988) (STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 2). A mayor abundamiento, en esta ocasión ni tan siquiera es preciso proceder a una verificación *prima facie* de la conformidad de la norma estatal con el orden constitucional de competencias (en los términos de la STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 3 y las numerosas resoluciones allí citadas), para concluir que, de haber existido en algún momento contradicción entre los preceptos autonómicos impugnados y la normativa básica estatal, las reformas legales antes mencionadas han venido a salvarla». De esta manera, no existe vulneración de los límites fijados al poder tributario autonómico en el artículo 6,3 LOFCA pues ha sido el Legislador estatal quien, mediante la aprobación de la Ley Orgánica 3/2009, clarifica el artículo 6,3 LOFCA que tantos conflictos y dudas interpretativas había generado en la jurisprudencia y la doctrina».

En tercer lugar, haremos algunas referencias al derecho comunitario, pues aunque no tengamos noticias de que en relación con el impuesto andaluz, a diferencia de lo que ocurrió cuando comenzó la tramitación del proyecto de ley extremeño, se esté suscitando su adecuación al derecho comunitario (particularmente al régimen de ayudas de Estado y a la libre circulación de capitales), parece interesante realizar dicho estudio.

II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REGULACIÓN DEL IMPUESTO AUTONÓMICO SOBRE DEPÓSITOS BANCARIOS

Como hemos dicho, la regulación del IDEC extremeño y del IDCEC andaluz es muy similar. A los presentes efectos partiremos de la regulación del primero, para, a continuación analizar el segundo, fijándonos, claro está, en los aspectos que lo diferencian.

1. Naturaleza y objeto del impuesto

El IDEC es un impuesto propio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de carácter directo, que, en los términos establecidos en esta Ley, «gravará la obtención de fondos reembolsables por parte de las entidades de crédito de los clientes de las mismas». La regulación del IDCEC es similar. No obstante, existe una diferencia que para nosotros tiene mucha importancia,

cual es que «grava la tenencia de depósitos de clientes». Como decíamos, la diferencia no es baladí, como veremos después. Y además la regulación del último es más consecuente, puesto que está en línea con la definición de la base imponible, mientras que en el primero eso no ocurre, como veremos a continuación al referirnos al hecho imponible.

2. Hecho imponible

El IDEC define el hecho imponible como la «captación» (nótese que utiliza la expresión «captación», en lugar de «obtención», si bien las diferencias entre uno y otro término son meramente gramaticales) de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por parte de las entidades de crédito y que comporten la obligación de restitución. En cambio, para el IDCEC el hecho imponible está constituido por la «tenencia de depósitos de clientes que comporten la obligación de restitución». La diferencia no es de matiz, sino de carácter sustancial. Efectivamente, ese cambio terminológico puede contribuir a echar por tierra determinados reparos puestos a la regulación del IDCEC. Efectivamente, si el hecho imponible es la «captación», puede discutirse si esa captación está gravada también por el IVA y por el IAE, pero si se entiende, como es el caso andaluz, que el hecho imponible es la «tenencia», difícilmente puede seguirse sosteniendo eso. Resultaría paradójico que, siendo ambos impuestos sustancialmente iguales, pueda llegarse a soluciones distintas por deficiencias, en el caso del impuesto extremeño, en la definición de algunos de sus aspectos esenciales.

¿Cuál es, realmente, el hecho imponible del IDEC? Para salir de dudas habrá que ver cuál es su base imponible. En ese sentido, recuérdese que la base imponible es, según el artículo 50 de la Ley General Tributaria, «la magnitud dineraria o de otra naturaleza que resulta de la mediación o valoración del hecho imponible». Pues bien, como advirtió oportunamente el dictamen del Consejo Económico y Social de Extremadura (en lo sucesivo CESEX) sobre el anteproyecto de Ley del Impuesto sobre los Depósitos de las Entidades de Crédito, fechado el 4 de junio de 2001, mientras el hecho imponible es una actividad económica (la captación de fondos), la base imponible es un saldo, es decir, una situación en un momento dado, concretamente el momento del devengo. Ello, como también advierte el CESEX, produce una situación paradójica. Textualmente dice: «Si un Banco durante un ejercicio no capta nada de depósitos no incurriría en el hecho imponible, presupuesto, recordemos, del nacimiento de la obligación tributaria, y, sin embargo, sí tendría base imponible: los saldos a 31 de diciembre que, lógicamente, coincidirían con los saldos a 31 de diciembre anterior, cuando la base imponible no es sino la traducción monetaria del hecho imponible».

nible. En definitiva nos encontraríamos ante un absurdo, ya que tendríamos deuda tributaria sin que hubiera nacido la obligación tributaria». Nos hallamos ante un callejón sin salida. La solución, no explicitada legalmente pese a que implícitamente así lo demandaba el CESEX, sería considerar que realmente el hecho imponible es la tenencia de fondos en el momento del devengo.

3. Exenciones y no sujeción

En el IDEC gozan de exención subjetiva el Banco de España y las autoridades de regulación monetaria, en cuanto tales, el Banco Europeo de Inversiones, el Banco Central Europeo y las secciones de crédito de las cooperativas. En el IDEC, por su parte, no se contemplan exenciones, sino supuestos de no sujeción, supuestos que, en gran parte, coinciden con el elenco de supuestos de exención. No obstante, existen dos diferencias: una, se incluye un nuevo ente no sujeto, el Instituto de Crédito Oficial, y, por el contrario, se elimina toda referencia a la sección de crédito de las cooperativas.

La sección de crédito de las cooperativas se ampara en lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley estatal 27/1999 de 16 de julio, de Cooperativas, en la que se dispone que las cooperativas de cualquier clase, excepto las de crédito, podrán tener, si sus estatutos lo prevén, una sección de crédito, sin personalidad jurídica independiente de la cooperativa de la que forma parte, limitando sus operaciones activas y pasivas a la propia cooperativa y a sus socios, sin perjuicio de poder rentabilizar sus excesos de tesorería a través de entidades financieras, de forma que el volumen de las operaciones activas de la sección de crédito en ningún caso podrá superar el 50 por 100 de los recursos propios de la cooperativa.

El legislador extremeño decidió de este modo excluir a las secciones de crédito de las cooperativas de crédito del pago de este impuesto, dada su singular naturaleza, exclusión que no abarca a las cooperativas de crédito como tales. En la Comunidad Autónoma de Extremadura son los artículos 81 a 87 de la Ley 5/2001 de 10 de mayo, del Crédito Cooperativo, los que regulan los pormenores del establecimiento de estas secciones, no pudiendo incluir en sus denominaciones las expresiones «cooperativa de crédito», «caja rural» u otra análoga y con la obligación de constituirse en un registro específico, el Registro de Cooperativas con Sección de Crédito.

En la actualidad, los desafíos que tienen las secciones de crédito varían en atención a la comunidad autónoma en la que radiquen; «los dos más significativos y que son comunes a todas ellas son: la necesidad de firmar acuerdos de colaboración con entidades de crédito

para poder ofrecer los servicios financieros que demandan sus socios y que necesitan las cooperativas; y las limitaciones legales impuestas principalmente a sus operaciones de activo» (Campos Climent y Sanchís Palacio, 2005). En este contexto, resulta fundamental una legislación favorable a la creación y consolidación de secciones de crédito con las que ofrecer a las cooperativas mayores posibilidades de financiación para afrontar sus necesidades de inversión, aspecto que en el impuesto extremeño examinado ha sido tenido en cuenta por el legislador autonómico al exonerar del pago a estas secciones.

4. Sujetos pasivos

La Ley del IDEC establece que son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las entidades de crédito, por los fondos captados por su casa central y sus sucursales que estén situados en territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura. El anteproyecto de Ley establecía que los sujetos pasivos eran las entidades de crédito por los recursos que capten de residentes con domicilio fiscal en Extremadura. El voto particular formulado al dictamen del CESEX sobre el anteproyecto advertía de que esa redacción suscitaba dos interrogantes sobre el verdadero ámbito de aplicación. Uno, si el impuesto grava la totalidad de los depósitos y demás fondos reembolsables situados en sucursales de entidades de crédito domiciliadas en territorio extremeño o, exclusivamente, la parte de fondos que corresponda a residentes con domicilio fiscal en Extremadura. La respuesta lógica es la primera, la segunda provocaría muchos problemas, dado que las entidades de crédito deberían conocer previamente cuál es el domicilio fiscal de sus clientes. El otro interrogante que se podía plantear es si el impuesto pretendía gravar también los recursos que los residentes con domicilio fiscal en Extremadura tengan depositados en sucursales situadas fuera del territorio extremeño. La respuesta no podía ser más que negativa, porque de la definición que el propio anteproyecto hace del ámbito territorial del impuesto se desprende que se aplicara exclusivamente al territorio extremeño. No debe perderse de vista que una solución distinta sería contraria al artículo 157.2 CE y 9 LOFCA. Como puede comprobarse, finalmente, se modificó la redacción, con lo cual se atajaron de raíz los problemas. Adviértase que la definición del sujeto pasivo sí está en consonancia (no podía ser de otra manera) con la definición del hecho imponible, pero no lo está con la base imponible. En cambio, esa discordancia está ausente en el impuesto andaluz, pues declara que son sujetos pasivos, también a título de contribuyentes, «las entidades de crédito por los depósitos de clientes de la sede central u oficinas» que estén en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

No aclara la norma reguladora del impuesto extremeño qué ha entenderse por entidades de crédito; tácitamente, por tanto, se remite a la norma sectorial correspondiente. En cambio, la norma andaluza sí se remite expresamente a la legislación que las define. Son entidades de crédito las definidas como tales en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas. Según ese artículo, son entidades de crédito los bancos, las cajas de ahorros y las cooperativas de crédito. La lista es cerrada, y, por tanto, quedan al margen del impuesto autonómico, entre otros, las entidades aseguradoras, los fondos de inversión, y los planes y fondos de pensiones.

Por tanto, el impuesto autonómico se aplica exclusivamente a los principales protagonistas del sistema financiero de nuestro país, esto es, los bancos, las cajas de ahorros y las cooperativas de crédito. Como consecuencia de la crisis financiera, fundamentalmente, se ha producido un cierto descenso en el número de entidades financieras que operan en nuestro país en estos últimos años. Dos años después, a finales de junio de 2009, estas entidades contaban 45.137 oficinas en el país, cifra que, comparada con la del ejercicio anterior, refleja que en tan sólo doce meses se clausuraron un total de 903 sucursales, de forma que sólo en el segundo trimestre del año el número de oficinas se redujo en 552. La ralentización económica, el incremento del desempleo, la caída en los niveles de confianza, así como el cierre de los mercados de financiación, han generado un incremento en la morosidad de la clientela en las entidades bancarias y un aumento en sus dificultades de financiación.

Entre estas cifras tan poco alentadoras, las cooperativas de crédito presentan ratios muy positivas tanto en su expansión —2009 aumentaron su número de sucursales con 62 establecimientos más que en 2008— como en sus niveles de morosidad. A diferencia de las secciones de crédito, las cooperativas de crédito extremeñas se hallan sujetas y no exentas del pago del tributo autonómico por los fondos captados por su casa central y sus sucursales que estén situadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Los sujetos pasivos no pueden repercutir jurídicamente a terceros la cuota de este impuesto a satisfacer por ellos, lo cual está en la línea de la conceptualización como directo del impuesto. No obstante, una cosa es que no puede repercutirse jurídicamente la cuota y otra es que se produzca la traslación o repercusión económica de ésta. Si no lo hicieren, naturalmente las entidades de crédito verían reducidos sus beneficios. Ya lo advertía el dictamen de 4 de junio de 2001 del CESEX sobre el anteproyecto del impuesto: «dicha prohibición jurídica carece de efectividad real a la hora de que las

entidades de crédito establezcan «su» política comercial en función de sus nuevas circunstancias operativas. Ello puede traducirse en una elevación de las comisiones y el cobro de servicios»

5. La base imponible

La base imponible del IDEC está representada por la cuantía económica total, en términos de fondos, calculada promediando aritméticamente el saldo final de cada trimestre natural de cada año de la partida del pasivo del balance «4. Depósitos de la clientela», excluidos los importes de los epígrafes correspondientes a las partidas de ajustes por valoración (4.1.5, 4.2.5, 4.3.2 y 4.4.5). En términos similares se expresa la norma reguladora del impuesto andaluz, si bien con mayor precisión terminológica. Además, aclara que los mencionados párrafos incluidos en los «ajustes por valoración» se corresponden con los definidos en el título II y en el anejo IV de la circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros o norma que la sustituya.

6. Cuota tributaria

Tanto en el impuesto extremeño como en el andaluz la cuota íntegra es el resultado de aplicar sobre la base una escala de gravamen, escala que es idéntica en ambos tributos (ver cuadro n.º 1).

Sobre la cuota íntegra se aplican una serie de deducciones, de las cuales unas tienen carácter general y otras son específicas, obteniéndose la cuota líquida, sin que ésta pueda resultar, como es lógico, un valor menor de cero euros.

Las deducciones generales son las siguientes:

- 1) 200.000 euros cuando la casa central y los servicios generales de la entidad de crédito estén efectivamente radicados en Extremadura.
- 2) 5.000 euros por cada sucursal. Esta cantidad se elevará a 7.500 euros cuando la sucursal esté radicada

CUADRO NÚM. 1

BASE IMPONIBLE HASTA EUROS	CUOTA ÍNTegra EUROS	RESTO BASE IMPONIBLE HASTA EUROS	TIPO APLICABLE PORCENTAJE
		150.000.000	0,3
150.000.000	450.000	600.000.000	0,4
600.000.000	2.250.000	En adelante	0,5

en municipios cuya población de derecho sea inferior a 2.000 habitantes. La iniciativa para elevar el importe inicialmente contenido en el anteproyecto de Ley procede del CESEX, ya que en su dictamen sobre el anteproyecto de Ley de 4 de junio de 2001 recomendaba una atención especial para las sucursales ubicadas en zonas rurales por considerar que prestan servicios cuyos objetivos no son expresamente la obtención de beneficios, sino más bien una prestación social.

Tanto en el impuesto extremeño como en el andaluz aplican los mismos importes.

Hagamos un inciso. El artículo 42 del anteproyecto de Ley de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2011 da nueva redacción al art. 45.1 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos propios, aprobado por el Decreto legislativo 2/2006, de 12 de diciembre.

Según la reforma que se quiere introducir con efectos 1 de enero de 2011, la cuota sería la que recoge el cuadro n.º 2.

Se eleva, asimismo, la cuantía de las deducciones generales existentes en este impuesto, que pasa a ser de 500.000 euros cuando la casa central y los servicios generales de la entidad de crédito estén efectivamente radicados en Extremadura, y de 10.000 euros por cada sucursal, elevándose esta cifra a 30.000 euros cuando la sucursal esté radicada en municipios cuya población de derecho sea inferior a 2.000 habitantes.

Es muy significativo el incremento de la cuota que se pretende introducir, pero no lo es menos el incremento del importe de las deducciones generales.

Como avanzábamos, también se prevén deducciones específicas. Concretamente, en el impuesto extremeño, las siguientes:

a) Aquellas inversiones que, siendo de utilidad pública o interés social para la región, se concierten y aprueben con la Consejería de Hacienda, previo informe de la consejería con competencias en la materia relacionada con el objeto de la inversión.

CUADRO NÚM. 2

BASE IMPONIBLE HASTA EUROS	CUOTA ÍNTegra EUROS	RESTO BASE IMPONIBLE HASTA EUROS	TIPO APLICABLE PORCENTAJE
		150.000.000	0,34
150.000.000	450.000	600.000.000	0,46
600.000.000	2.250.000	En adelante	0,57

Nos parece que los contornos de la deducción son demasiado imprecisos, lo cual genera inseguridad. No se olvide, por lo demás, que ello supone reconocer un margen de discrecionalidad al gobierno bastante notorio, discrecionalidad que puede suponer, llegado el caso, un quebradero de cabeza, pues podría desembocar en una denuncia por infracción del régimen comunitario de ayudas de Estado (cfr. sentencias del Tribunal de Primera Instancia —hoy Tribunal General— de 6 de marzo de 2002, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (TJCE 2002, 92) (T-127/99, T-129/99 y T-148/99, Rec. p. II-1275; conocida como, «sentencia Demesa») y Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (TJCE 2002, 94) (T-92/00 y T-103/00, Rec. p. II-1385; conocida como «sentencia Ramondín»).

Las leyes de Presupuestos de cada año señalarán los sectores sociales y económicos que tengan la condición de utilidad o interés para la región.

La norma andaluza establece algo similar. No obstante, realiza alguna precisión que nos parece relevante; concretamente, prevé que son deducibles no sólo las inversiones, sino también los importes de créditos y préstamos destinados en el ejercicio a proyectos en determinados sectores de interés para la Comunidad Autónoma.

b) Las cajas de ahorros y las cooperativas de crédito podrán a su vez deducirse las cantidades destinadas a la Obra Benéfico Social, en el primer caso, y al Fondo (sic) de Educación y Promoción, en el segundo, efectivamente invertidas y autorizadas o acordadas con la consejería competente en materia de política financiera.

También en Andalucía se establece una deducción equivalente; sólo difiere, parcialmente, la redacción.

Estas deducciones, las analizaremos más tarde desde el prisma de las ayudas de Estado.

c) Por último, en Extremadura se deja la puerta abierta a la existencia de otras deducciones mediante la remisión a hipotéticas leyes. Con buen criterio en Andalucía se omite esa referencia, pues no añade nada, basta que una futura ley concrete esa posibilidad, siendo innecesaria esa «habilitación».

A estos efectos, se entenderán efectivamente invertidas aquellas cantidades que supongan gastos reales para la entidad que pretenda aplicar la deducción, sin que puedan serlo las transferencias a otras entidades de ella dependientes, salvo que éstas, a su vez, realicen el gasto real en el ejercicio correspondiente. No obstante ello, en el caso de inversiones (y gastos dice la norma andaluza) de carácter plurianual o que se trasladen a ejercicios futuros, se podrá, con la debida jus-

tificación, optar por deducir la cantidad efectivamente invertida en los periodos impositivos correspondientes o bien en el primer período impositivo el importe total comprometido o contratado, siempre que en los dos años siguientes se ejecuten tales inversiones (o gastos dice la norma andaluza). En este último caso, se practicará liquidación caucional por el total importe que hubiera debido girarse de no mediar el beneficio fiscal aplicado, deducidas las cantidades efectivamente invertidas en el primer ejercicio impositivo.

De no ejecutarse las inversiones, se procederá a la exacción del impuesto no pagado con los intereses de demora correspondientes, y sin perjuicio de la imposición de las sanciones que, en su caso, pudieran proceder. Estas últimas precisiones no se recogen en la norma andaluza, lo cual no quiere decir que la solución no haya de ser la misma, si es el caso, por aplicación de la normativa general sobre recaudación.

7. Periodo impositivo y devengo

El período impositivo de este impuesto es el año natural, salvo cuando el sujeto pasivo haya iniciado su actividad en la Comunidad Autónoma, bien mediante sucursal o a través de su casa central, en fecha distinta al primero de enero, en cuyo caso abarcará desde la fecha de comienzo de la actividad hasta el final del año natural, momento en que se produce el devengo.

Cuando la entidad se extinga, el periodo impositivo concluirá en esa fecha, sin esperar al final de año, surgiendo entonces la obligación de contribuir por este impuesto.

Lo que se acaba de decir es válido para ambos impuestos.

8. Gestión, inspección, recaudación e infracciones

El impuesto se liquida mediante la presentación de la correspondiente autoliquidación por el sujeto pasivo. No queremos entrar en demasiados detalles sobre los aspectos incluidos en el título de este epígrafe. Solo queremos decir dos cosas: sólo el impuesto andaluz contempla la realización de un pago a cuenta; sólo el extremeño contempla infracciones específicas. En particular, en el párrafo segundo del art. 16 de su Ley reguladora se establece que tiene la consideración de infracción tributaria muy grave la deslocalización del tributo, indicando seguidamente que, «a título meramente ejemplificativo», tendrán esa consideración la desviación de pasivo a cuentas de ahorro o a cualesquiera otra correspondientes a sucursales que tengan su sede fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

La tipificación de este supuesto, probablemente, es contraria a la libre circulación de capitales. Lo cierto es que ello no puede producirse en ningún caso, puesto que no se ha previsto la sanción que lleva aparejada la comisión de dicha infracción.

Con mejor criterio, el impuesto andaluz no contempla este supuesto.

III. CONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO AUTONÓMICO SOBRE DEPÓSITOS

La Constitución atribuye a las comunidades autónomas la potestad de establecer y exigir tributos. Los recursos de éstas son los enumerados en el artículo 157 de la Constitución, entre los cuales se encuentran los impuestos propios, las tasas y las contribuciones especiales. El poder tributario autonómico, como es natural, está sometido a límites; algunos de ellos son comunes a todos los entes impositores, otros, sin embargo, están pensados sólo para las comunidades autónomas. Entre los primeros, merecen destacarse los contenidos en el artículo 31.3 de la Constitución (reserva de ley, no confiscatoriedad, capacidad económica, igualdad y progresividad..); entre los segundos, merecen serlo, entre otros, los que se desprenden del artículo 6 de la LOFCA. En ese sentido, conviene recordar que «el poder tributario propio, reconocido por la Constitución a las Comunidades Autónomas, en nuestro Ordenamiento está también constitucionalmente condicionado en su ejercicio» (STC 289/2000, de 30 de noviembre); dicho de otro modo, «la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas no se configura constitucionalmente con carácter absoluto, sino que aparece sometida a los límites intrínsecos y extrínsecos que no son incompatibles con el reconocimiento de la realidad constitucional de las haciendas autonómicas» (STC 49/1995, de 16 de febrero).

Entre dichos límites, que inciden «de forma importante en la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer un sistema de tributos propio como consecuencia de la ocupación de la riqueza gravable tanto por los tributos estatales como por los locales» (STC 289/2000, de 30 de noviembre), se encuentra la prohibición de doble imposición establecida en el artículo 6 de la LOFCA, precepto que somete la creación por las comunidades autónomas de tributos propios (en realidad impuestos propios) a dos límites infranqueables que se contienen en sus apartados 2 y 3. La vigente redacción de ambos, procedente de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, es más generosa con las comunidades autónomas.

El primer límite se concreta diciendo que dichos tributos «no podrán recaer sobre hechos impositivos gra-

vados por el Estado», y el segundo, por su parte, que dichos tributos «no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por los tributos locales». La modificación más importante afecta a este segundo límite, pues donde antes decía «materias imponibles», ahora se dice «hechos imponibles». Ese cambio, que había sido reclamado insistentemente por un amplio sector doctrinal (Checa González, 2008), es un acierto «que va a servir para introducir un esquema más flexible de coordinación entre los tributos autonómicos y los tributos locales, permitiendo que los primeros incidan sobre materias gravadas por los segundos, con lo que de paso se avanza en la línea de abrir nuevos espacios fiscales para las comunidades autónomas, y garantizando al mismo tiempo y en todo caso la suficiencia financiera de las Haciendas locales» (Adame Martínez, 2010). En relación con el primer límite, hay que significar que sigue siendo válida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída sobre él, dado que la única modificación consiste en que lo que ahora se incluye en el apartado 2 antes figuraba en el apartado 4 del artículo 6, que consiste en la obligación del Estado de articular las correspondientes medidas de compensación en aquellos casos en que estableciera tributos sobre hechos imponibles ya gravados por las comunidades autónomas. En ese sentido, la STC 37/1987, de 26 de marzo, declara que «el artículo 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las Comunidades Autónomas que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella cubierta por tributos estatales, ello conduciría... a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos por el momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el artículo 6.2 prohíbe, en sus propios términos es la duplicidad de hechos imponibles, estrictamente». Lo mismo puede decirse ahora con respecto al nuevo artículo 6.3: lo que prohíbe en sus propios términos es la duplicidad de hechos imponibles, estrictamente. Ahora bien, tanto en un caso como en el otro se establecen mecanismos de compensación. Efectivamente, en el segundo párrafo del artículo 6.2 LOFCA se establece que «cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de las mismas». En resumen, en el artículo 6.2 de la LOFCA se prohíbe a las comunidades autónomas el establecimiento de tributos que recaigan sobre hechos imponibles ya gravados por el Estado, prohibición que, a la inversa, no rige para éste, si bien, en su caso, éste ha de establecer las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de aquéllas. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 6.3 establece que «las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestio-

nar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se ven mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro».

Como decíamos, la jurisprudencia constitucional ya recaída sobre el límite contenido en el artículo 6.2 de la LOFCA conserva su validez y, por tanto, nos sirve para pronunciarnos sobre la constitucionalidad del impuesto extremeño sobre depósitos de las entidades de crédito, en tanto en cuanto el recurso de inconstitucionalidad número 1894/2002, se interpone por considerar que su regulación vulnera, entre otros, el artículo 6.2 de la LOFCA.

En este sentido, es interesante el artículo 81 de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, puesto que permite a Extremadura establecer impuestos propios que no recaigan sobre hechos imponibles «efectivamente» gravados por el Estado. La expresión «efectivamente» gravados no aparece en el art. 6.2 de la LOFCA, ni aun después de su reforma por la LO 3/2009, de 18 diciembre. Si esta redacción de la propuesta prosperase, y hasta el momento el Estado no ha hecho objeción alguna al respecto durante la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, se posibilitaría una mejor defensa constitucional del impuesto extremeño frente al IVA, ya que aquél gravaría algo que no lo está «efectivamente» por el Estado, debido a las numerosas exenciones establecidas para las operaciones financieras y bancarias en el Impuesto sobre el Valor Añadido.

La doble imposición interna se da únicamente para hechos imponibles idénticos; pero no se produce, por el contrario, cuando a través del cauce legal se establecen dos o más impuestos, con hechos imponibles diferentes, para gravar a través de ellos un mismo objeto económico, una misma materia imponible.

En esa línea, la STC 289/2000, de 30 de noviembre, declara que al «hecho imponible» —creación normativa— le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto»; añadiendo seguidamente que la prohibición de doble imposición en él contenida (se está refiriendo al art. 6.2 de la LOFCA) «atiende al presupuesto adoptado como hecho imponible y no a la realidad o materia imponible que le sirve de base».

Luego de lo expuesto, hay que afirmar que el IDEC no incurre, en modo alguno, en doble imposición interna con ninguna figura impositiva estatal: ni con la destinada a gravar los beneficios de las entidades, esto es, el Impuesto sobre Sociedades (IS), ni tampoco con la que se ocupa, en el marco de la imposición indirecta, del gravamen de las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial, esto es, el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA); y ello, básicamente, al existir diferencias esenciales entre ellos y el IDEC en el aspecto material de sus respectivos presupuestos de hecho.

Ciñéndonos a los hechos imponibles del IDEC y del IS, se observa con total claridad que aquél, a diferencia de este último, no grava el beneficio de las entidades de crédito, sino únicamente la captación de depósitos por dichas entidades, que es un paso previo a la concreción de sus beneficios, puesto que éstos se obtienen, en la mecánica operativa de estas entidades, por la realización de sus operaciones activas —no gravadas por el IDEC—, y más concretamente por la diferencia existente entre los intereses que las entidades de crédito pagan en sus operaciones pasivas y los intereses que cobran en sus operaciones activas.

Al no sujetarse a gravamen por el IDEC el beneficio real de dichas entidades crediticias, sino sólo un elemento previo a la obtención del mismo, cual es la obtención de depósitos y préstamos que son necesarios para la obtención de aquél, pero que no representan, desde luego, tal beneficio, la respuesta es clara y concluyente en el sentido de que no existe, ni cabe apreciar, de ningún modo, duplicidad impositiva de clase alguna entre el IDEC y el IS, al ser completamente diversos y diferentes sus correspondientes aspectos materiales de los respectivos hechos imponibles.

Esencialmente, los argumentos serían similares si se considerase que el hecho imponible del IDEC extremeño es la tenencia de depósitos por las entidades de crédito, pues ello tampoco entrañaría el gravamen de la renta de estas entidades. Ello, de paso, nos sirve para sostener que el andaluz, cuyo hecho imponible sí es, sin duda, la «tenencia de fondos», no vulnera el artículo 6.2 de la LOFCA.

Por lo demás, la peculiar caracterización del IVA obliga a efectuar un análisis más detallado al respecto, y ello, por una parte, porque el art. 20.18.a) de su Ley reguladora (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), al declarar la exención de los depósitos en efectivo en sus diversas formas, incluidos los depósitos en cuenta corriente y cuentas de ahorro y las demás operaciones relacionadas con los mismos, incluidos los servicios de cobro o pago prestados por el depositario a favor del depositante, está de hecho declarando la sujeción de los mis-

mos al IVA, puesto que la exención de una operación presupone, inevitablemente, su previa sujeción a gravamen, a diferencia de las operaciones no sujetas en las que este fenómeno no se produce, lo que podría implicar la colisión del IDEC con el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Sin embargo, pese a la sujeción de los depósitos, incluidos entre las operaciones financieras, al IVA, la práctica totalidad de tales operaciones están exentas de este impuesto, conforme establece el ya citado artículo 20.Uno.18, a) de la Ley 37/1992. Esta circunstancia permite que puedan quedar gravadas por otros impuestos diferentes, pese a estar sujetas al IVA, y un buen ejemplo de ello es lo que ha hecho el propio legislador estatal en un tema similar a éste: el de operaciones inmobiliarias, también sujetas al IVA, pero exentas en su inmensa mayoría en este impuesto, ante lo cual el referido legislador ha optado por considerar que las operaciones inmobiliarias sujetas pero exentas del IVA quedan sometidas a gravamen por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Pues bien, si esto ha sucedido de esta forma en relación con las operaciones inmobiliarias, no se aprecia razón alguna para que una solución similar no se pueda adoptar respecto a las operaciones financieras, de tal forma que ningún obstáculo existe para que otro legislador diferente del estatal, —en este caso, el extremeño— disponga, a la vista del dato incontestable de que la inmensa mayoría de dichas operaciones están exentas del IVA, que las mismas —y, además, no todas, sino únicamente las que tienen relación con los depósitos y préstamos recibidos, esto es, con las operaciones pasivas de las entidades crediticias— queden gravadas con otro impuesto distinto: el IDEC, a través del que se consiga lo que con el IVA no es factible: que estas operaciones tributen (Checa González y Merino Jara, 2006).

No obstante, Calvo Vergez (2003) considera, en relación con la traslación de lo realizado por el legislador estatal al ámbito autonómico que «sería de gran trascendencia el poder contar con el visto bueno del legislador comunitario, ya que el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, a diferencia de lo sucede con el tributo extremeño, es un impuesto estatal, y estaba establecido cuando tuvo lugar la implantación del IVA. Y no debe olvidarse que la Unión Europea no permite que se creen nuevos impuestos sobre materias armonizadas».

El recurso de inconstitucionalidad contra el impuesto extremeño asevera que su regulación también vulnera los límites previstos en el artículo 6.3 de la LOFCA. Ya dijimos al principio de este trabajo que el análisis lo íbamos a realizar partiendo de la redacción actual de este precepto. En ese sentido, bueno será recordar que

la prohibición que en él se consagra se refiere a hechos imponibles.

Las materias reservadas a las corporaciones locales se encuentran actualmente en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Entre ellas se halla la mera actividad empresarial, profesional o artística gravada a través del Impuesto sobre Actividades Económicas.

Efectivamente, la que podría presentar algún tipo de colisión o solapamiento con el IDEC sería la materia gravada por el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), desde el momento en que este último grava el mero ejercicio en territorio nacional de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto (Gutiérrez de Gandarilla, 2002).

La vulneración del artículo 6.3 de la LOFCA se produciría, según los recurrentes, porque la actividad que grava el IDEC es la «obtención de fondos reembolsables por parte de las entidades de crédito de sus clientes» y dicha actividad coincide con la que configura los grupos 811 y 812 de la sección primera de la tarifa del Impuesto sobre Actividades Económicas que, tal y como se especifica en la nota común, consiste en la «captación de depósitos u otros fondos reembolsables».

Aunque, en buena lógica, el citado mero ejercicio para las entidades de crédito —y, por ende la obligación de satisfacer el pago del IAE— sólo debiera entenderse que se realiza cuando conjuntamente se realizan «operaciones pasivas» y «operaciones activas», es decir, cuando las referidas entidades obtienen crédito de sus clientes a través de las denominadas «operaciones pasivas» y a su vez conceden créditos a sus clientes por medio de las que se denominan «operaciones activas», ya que no en vano la propia definición de las entidades de crédito contempla estos dos aspectos indisolublemente unidos, al disponer el artículo 1º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio (en la redacción dada al mismo por el artículo 39 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre intervención y disciplina de las entidades de crédito) que dichas entidades son «las empresas que tienen como actividad típica y habitual captar fondos del público, en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros y otras análogas que comporten la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia»; debe tenerse presente, sin embargo, que cabría considerar la realización de «operaciones pasivas» como auxiliares o instrumentales que, por sí mismas, ya generarían la obligación de abonar el IAE, entendiendo, en suma, que el citado mero ejercicio se cumple con la realización de cualquiera de las operaciones de las enti-

dades de crédito, esto es, inclusive únicamente por el desarrollo en exclusiva, al menos por algunas de sus sucursales, de operaciones pasivas, aunque esto no sea ciertamente lo normal en este tipo de entidades, tesis que ya ha sido sustentada por la jurisprudencia en alguna ocasión aislada.

Para las entidades de crédito debe entenderse, en opinión de Checa González y Merino Jara (2006), a la vista de la definición anteriormente citada existente para ellas en nuestro ordenamiento jurídico, que el ejercicio de su actividad debe necesariamente concretarse en la articulación conjunta de operaciones de captación y de concesión de créditos, no en una sola de las operaciones aisladamente considerada, y sólo del juego conjunto de ellas, que es lo que origina la intermediación en el crédito, y que es la esencia de su actividad, es de donde puede entenderse que nace el ejercicio de la misma, el mero ejercicio al que alude el hecho imponible del IAE, por lo que, en suma, este último impuesto únicamente debiera exigirse cuando se realicen de manera conjunta ambas operaciones, no sólo una de ellas aisladamente considerada; y si esto es así, entonces no habría incompatibilidad alguna entre el IDEC y el IAE, ya que aquél se exigiría al efectuar las operaciones de captación de fondos del público, mientras que este último sería exigible tan sólo cuando las referidas operaciones se completasen con las de empleo de dichos fondos en la concesión de créditos por cuenta propia.

No podemos dejar de reconocer que, en todo caso, el tema es polémico. En ese sentido no está de más recordar el voto particular del magistrado Aragón Reyes a la sentencia 179/2006, de 13 de junio, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad n.º 1219-2005, en relación con el impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente: «Más clara me parece la inconstitucionalidad por la coincidencia con el impuesto de actividades económicas, en cuanto que el impuesto extremeño, en definitiva, como antes he dicho, lo que viene es a gravar una determinada actividad ya sometida a tributación por el impuesto de actividades económicas, infringiéndose así, pero por esa causa, el citado art. 6.3 LOFCA. Es cierto que ninguna de las partes en el proceso constitucional lo ha alegado, pero ello no nos hubiera impedido, a tenor de lo dispuesto en el art. 39.2 de nuestra Ley Orgánica, fundar en tal infracción la inconstitucionalidad de la norma impugnada».

No obstante, no comparte las tesis a la que apunta dicho voto particular la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 27 de julio de 2010:

el objeto o la materia imponible del Impuesto sobre Actividades Económicas es la fuente de riqueza consistente en el ejercicio de actividades potencialmente generadoras de ingresos económicos para quienes las realizan, ingre-

sos que se miden en función del beneficio medio presunto. A diferencia de ello, el gravamen autonómico no somete a tributación la capacidad económica exteriorizada derivada hipotéticamente del ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas, sino la realización de las actividades, a través de las instalaciones y demás elementos patrimoniales afectos a las mismas, que incidan, alteren u ocasionen riesgo de deterioro sobre el medio ambiente. El objeto de gravamen no es la mera realización de actividades económicas o la titularidad de determinados elementos sino el riesgo que para el medio ambiente suponen las actividades gravadas en el tributo autonómico. Los sujetos pasivos son quienes realicen las actividades gravadas. Todo ello, nos conduce a identificar como objeto del gravamen el riesgo, la incidencia o la alteración que para el medio ambiente encierran las actividades citadas en el artículo 2 de la Ley 7/1987. El hecho imponible se fija en las actividades con posible incidencia o riesgo medioambiental. Actividades de producción, almacenaje o transformación de energía eléctrica o las actividades de transporte de energía eléctrica, telefonía y telemática efectuada por los elementos fijos del suministro de energía eléctrica o de las redes de comunicaciones, cuya especial potencialidad para afectar al medio ambiente está suficientemente comprobada. Las actividades gravadas son congruentes con la finalidad de protección del medio ambiente, tratándose de actividades que inciden, perturban o crean un riesgo en el entorno natural, no pudiendo negarse un margen de actuación a favor del Legislador para determinar de todas las actividades que pudieran afectar al medio ambiente las que decide gravar o el ejercicio de su libertad de configuración en la selección del objeto de gravamen siempre que se elijan actividades potencialmente perturbadoras para el medio ambiente, como lo son las gravadas. (...), la Ley incide en las actividades que considera más perturbadoras para el medio natural de Extremadura, y en relación a ello, establece un tributo que estimula la realización de actividades de producción, almacenaje, transformación o transporte de energía menos perjudiciales para el medio ambiente con la finalidad de fomentar las energías renovables que no están sujetas al tributo. No se grava la actividad porque pueda generar rentas para quienes la realicen sino en tanto en cuanto represente un peligro para el medio ambiente, por lo que no está gravando la misma materia imponible o fuente de riqueza que el Impuesto sobre Actividades Económicas. Se grava una actividad no por su carácter económico sino por el daño que ocasiona en el entorno natural y la finalidad de la Ley es aminorar su realización. Tengamos también en cuenta que en la determinación de la base imponible la Ley de la Asamblea de Extremadura ha empleado criterios no vinculados con los ingresos de las empresas que realizan las actividades —la Ley 8/2005 elimina el volumen de facturación como criterio de determinación de la base imponible— sino con su producción bruta media de los tres últimos ejercicios expresada en Kw/h o la extensión de las estructuras fijas expresadas en kilómetros y en número de postes o antenas no conecta-

das entre sí por cables (artículos 6 y 7 de la Ley 7/1997); aspectos que cuantifican la incidencia de la actividad en el entorno natural. La regulación legal del gravamen se vincula a la realización de una política pública sectorial —el impulso de las energías solares o eólicas—, así como su afección a la financiación de un fin concreto al destinarse los ingresos a las medidas y programas de carácter medioambiental, ya que los programas a los que se destinan los ingresos obtenidos por el tributo reducen directamente la contaminación y favorecen de la misma forma el medio ambiente. Lo gravado son las actividades que tienen consecuencias o constituyen un riesgo para el medio ambiente. El gravamen extremeño no grava la mera titularidad de los elementos con los que se desarrollan las actividades o las hipotéticas rentas que estas generan sino que grava unos procesos productivos con incidencia en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y presenta una naturaleza, estructura y finalidad diferentes tanto al Impuesto sobre Bienes Inmuebles como al Impuesto sobre Actividades Económicas.

Consecuentemente, cabe afirmar que el Legislador autonómico no ha creado una nueva fuente de ingresos públicos con fines genéricamente fiscales, sino un tributo finalista encaminado a corresponsabilizar a los creadores de riesgos para el medio ambiente y la estimulación de actividades menos perturbadoras del mismo. La actividad potencialmente perturbadora para el medio ambiente es la perspectiva tomada en cuenta por la Asamblea de Extremadura para el establecimiento del Impuesto.

No olvidemos, tampoco, que la STC 168/2004, de 6 de octubre de 2004, del gravamen catalán, fija una doctrina en relación con el gravamen sobre los elementos patrimoniales afectos a actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil, bastante favorable para las haciendas autonómicas. Pues bien, «a la vista de la regulación que del gravamen se efectúa en el articulado de la Ley, podemos afirmar que el carácter finalista del tributo se materializa en unos términos que pueden reputarse respetuosos con la prohibición de doble imposición establecida en el art. 6.3 LOFCA (...pues...) el objeto no coincide con ninguno de los dos impuestos municipales a los que se ha referido el Abogado del Estado, puesto que el gravamen no somete a tributación la capacidad económica exteriorizada por la titularidad de determinados bienes inmuebles o de derechos reales sobre ellos, como sucede en el impuesto sobre bienes inmuebles, ni la hipotéticamente derivada del ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas, que es el caso del impuesto sobre actividades económicas, sino las instalaciones y actividades en las que concurre una indudable peligrosidad para las personas y los bienes y a las que ha de hacerse frente mediante la activación de los correspondientes planes de protección civil».

Y, por último, también deben tenerse muy presentes los argumentos contenidos en el ya citado ATC 456/2007 (Pleno) de 12 de diciembre, que declara la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el impuesto andaluz sobre depósito de residuos radiactivos.

La reforma de la LOFCA a través de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, ha resuelto gran parte de las dudas que se suscitaban ante el establecimiento de una nueva figura tributaria autonómica (Borrero Moro, 2004) al cambiar la noción de materia reservada por la de hecho imponible. No está de más recordar, de la mano del TC, que «El hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso “para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria” (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, y 186/1993, de 7 de junio), es decir, es el acto o presupuesto previsto por la Ley cuya realización, por exteriorizar una manifestación de capacidad económica, provoca el nacimiento de una obligación tributaria. Por el contrario “por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico”. De ahí que, en relación con una misma materia impositiva, el legislador pueda seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponibles, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes. En suma, al “hecho imponible” creación normativa le preexiste como realidad fáctica la materia imponible u objeto del tributo, que es la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto» (STC 289/2000, de 30 de noviembre [y en el mismo sentido, STC 168/2004, de 5 de octubre]). La modificación practicada posibilita un mayor espacio para el ejercicio del poder tributario autonómico al tener que fundamentar la posible inconstitucionalidad de la figura autonómica en la duplicidad de hechos imponibles, lo cual se presenta, sin duda, altamente complicado.

Junto a la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6 de la LOFCA, los recurrentes sostienen la conculcación del principio de territorialidad consagrado en el artículo 157.2 de la Constitución, que establece que «las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios». Esta prohibición se articula en el artículo 9 de la LOFCA, que, en su versión actual, dispone, en sus letras a) y b), que los

impuestos propios de éstas deben respetar las siguientes prescripciones:

— No pueden sujetar elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva comunidad autónoma.

— No pueden gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo.

Pues bien, «en el artículo 157.2 se formulan dos principios diferentes. Conforme al primero de ellos, que usualmente suele denominarse por la doctrina como principio de territorialidad o con la sugerente expresión de ausencia de carga fiscal extraterritorial o extrajurisdiccional se prohíbe a las comunidades autónomas gravar bienes situados en el territorio de otra comunidad. El constituyente quiso establecer una prohibición especialmente rígida, ya que utilizó la cláusula “en ningún caso”», señala Adame Martínez (2010), quien acto seguido asevera que «la segunda regla que aparece formulada en ese precepto constitucional es el denominado “principio de neutralidad”, conforme al cual las comunidades autónomas no pueden crear obstáculos fiscales a la libre circulación de mercancías o servicios. Este segundo principio prohíbe, por tanto, la creación de cualquier tipo de barrera fiscal o aduanera, como por ejemplo la introducción de un gravamen sobre cualquier bien o servicio que pretenda entrar o salir del mercado interior de una comunidad autónoma».

Por su parte, el artículo 139.2 CE, establece lo siguiente: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español».

Como puede advertirse, este precepto, en el que se consagra implícitamente el principio de unidad de mercado, contiene también dos prohibiciones (Adame Martínez, 2010). «La primera de ellas afecta las personas, a las que no se hace referencia en el artículo 157.2, y consiste en que las comunidades autónomas no pueden adoptar ningún tipo de medida (no sólo tributaria sino de cualquier otra índole) que pueda ser considerada como un obstáculo para las decisiones que puedan adoptar las personas sobre el establecimiento en uno u otro territorio. La segunda prohibición se refiere a los bienes y es también más general que la contenida en el artículo 157.2. En concreto lo que se prohíbe a las comunidades autónomas en el artículo 139.2 es la aprobación de medidas de cualquier tipo que puedan limitar u obstaculizar la libre circulación de bienes en España».

Adecuándose a ambos preceptos, el artículo 9.c) de la LOFCA establece, por su parte, que las medidas impositivas que las comunidades autónomas decidan adoptar en su respectivo ámbito territorial no pueden suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, conforme a lo establecido en el art. 2.1.a) de la propia LOFCA, ni comportar cargas trasladables a otras comunidades, mandatos todos ellos a través de los cuales se pretende garantizar, básicamente, la libertad de establecimiento personal o empresarial, sin que dichas libertades se vean condicionadas por la política impositiva que un ente regional pueda adoptar en su ámbito territorial, remachando, además, el principio de no traslación territorial de las cargas tributarias, que constituye una especificación del ya antes aludido de ausencia de carga fiscal extrajurisdiccional, y que es, sin embargo, de difícil enjuiciamiento en la práctica, ya que si la prohibición de repercusión jurídica de un impuesto es fácilmente constatable, bastando para ello con analizar la estructura normativa del impuesto de que se trate, mucho más difícil es determinar, en un caso concreto, si se ha producido, o no, la traslación económica del mismo, lo que exigirá en la gran mayoría de los casos complejas pruebas que certifiquen y acrediten tal extremo.

Las sentencias del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, y 64/1990, de 5 de abril, afirman: «... no toda medida que incida sobre la circulación de bienes y personas por el territorio nacional es necesariamente contraria al artículo 139.2 CE, sino que lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretendía la medida adoptada».

Por lo demás, resulta evidente que la consagración del principio de autonomía de las comunidades autónomas lleva aparejada, implícitamente, la existencia de desigualdades; ahora bien, ello no quiere decir que siempre, y en todo caso, esas desigualdades sean contrarias a la Constitución, puesto que en ningún momento la CE exige uniformidad en el tratamiento que los entes territoriales puedan dispensar a sus ciudadanos. Y así, por ejemplo, el ATC 182/1986, de 26 de febrero, declara que «salvaguardada la identidad básica de derechos y deberes de los españoles, las cargas fiscales que deben soportar pueden ser distintas».

Como recuerda la STC 168/2004, de 6 de octubre: «La alusión a los arts. 157.2 CE y 9 LOFCA remite, obviamente, a la vigencia de los principios de territorialidad de las normas y actos de las Comunidades Autónomas y de unidad

de mercado. Ahora bien, dichos principios, por su cualidad de tales, no pueden ser interpretados en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional [por referencia al principio de territorialidad, SSTC 37/1981, de 16 de noviembre (), F. 1; 150/1990, de 4 de octubre (), F. 5; y 126/2002, de 23 de mayo (), F. 9 a)]. Así, específicamente para el principio de unidad de mercado, hemos insistido en que las actuaciones autonómicas revisten entidad suficiente para reputarlas vulneradoras de la libertad de circulación de personas y bienes cuando su incidencia sobre ésta implique el “surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que persiguen” (SSTC 64/1990, de 5 de abril [], F. 5; 66/1991, de 22 de marzo [], F. 2; 233/1999, de 13 de diciembre [], F. 26; y 96/2002, de 25 de abril [], F. 11)».

Estimamos que todos los límites expuestos se cumplen plena y totalmente por parte de la normativa reguladora del Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Crédito.

IV. EL IMPUESTO AUTONÓMICO Y SU ADECUACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO

En este apartado vamos a analizar tres cuestiones: en primer lugar, la conculcación de las directivas sobre el IVA, particularmente el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre, por la regulación de este impuesto; en segundo lugar, el respeto al régimen de ayudas de Estado, particularmente en relación con la sección de crédito de las cooperativas y en relación con las deducciones previstas para la inversiones realizadas por la Obra Social de las cajas de ahorros y por el Fondo de Educación y Promoción de las cooperativas. Por último, haremos alguna breve referencia a la libre circulación de capitales.

1. Las Directivas sobre el IVA y el impuesto sobre depósitos

Respecto a la primera de las cuestiones mencionadas, la de la adecuación del IDEC a lo establecido por el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre, recordemos que éste dispone que:

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o establecimiento por parte de un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros y sobre los juegos y apuestas, impuestos especiales, derechos de registro y, en general, de cualquier

impuesto, derecho o gravamen que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre que la recaudación de impuestos, derechos o gravámenes no dé lugar, en los intercambios entre Estados miembros a formalidades relacionadas con el paso de una frontera.

La prohibición, pues, no es absoluta, ya que el referido artículo 401 sí que permite el mantenimiento o establecimiento por parte de los estados miembros de impuestos, derechos y tasas que graven las entregas de bienes, las prestaciones de servicios y las importaciones, siempre que, eso sí, no tengan el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios. Haremos una breve referencia a la cuestión trayendo a colación la jurisprudencia recaída en relación con su antecedente, el artículo 33 de la Sexta Directiva.

En ese sentido, reiteradamente se ha dicho que el artículo 33 de la Sexta Directiva IVA sólo permite el mantenimiento o el establecimiento, por un Estado miembro, de impuestos, derechos y tasas que graven las entregas de bienes, las prestaciones de servicios o las importaciones si no tienen carácter de impuesto sobre el volumen de negocios (véanse las sentencias de 29 de julio de 2010, Profaktor Kulesza, Frankowski, Jóźwiak, Orłowski, C-188/09, de 15 de enero de 2009, K-1, C-502/07 y 3 de octubre de 2006, Banca popolare di Cremona, C-475/03, Rec. p. I-9373).

Para apreciar si un impuesto, un derecho o una tasa tiene carácter de impuesto sobre el volumen de negocios en el sentido del artículo 33 de la Sexta Directiva IVA, es preciso, en particular, cerciorarse de si produce el efecto de entorpecer el funcionamiento del sistema común del IVA al gravar la circulación de bienes y servicios e incidir en las transacciones comerciales de manera comparable a la que caracteriza al IVA (sentencia de 11 de octubre de 2007, Kögáz y otros, C-283/06 y C-312/06, Rec. p. I-8463.).

Para dilucidar convenientemente este extremo se hace preciso y necesario establecer cuándo un gravamen presenta las características de constituir un impuesto sobre el volumen de negocios, lo cual ya ha sido realizado con detalle por la propia jurisprudencia comunitaria (por todas, sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de julio de 2010, Profaktor Kulesza, Frankowski, Jóźwiak, Orłowski, C-188/09, de 15 de enero de 2009, K-1, C-502/07, de 11 de octubre de 2007, Kögáz y otros, C-283/06 y C-312/06, Rec. p. I-8463, y 3 de octubre de 2006, Banca popolare di Cremona, C-475/03, Rec. p. I-9373), que ha fijado las líneas esenciales de lo que deba entenderse por tal concepto, y que son, sintéticamente expuestas, las siguientes:

a) Que se aplique, en principio, a todas las transacciones que tengan como objeto entregas de bienes o prestaciones de servicios.

b) Que se recaude en todas las fases del proceso de producción y distribución.

c) Que tenga incidencia exclusivamente sobre el valor añadido, con base en la deducción del impuesto previamente soportado.

Hay que poner de relieve, además, que el Derecho comunitario no incluye ninguna disposición específica que tenga por objeto excluir o limitar la potestad de los estados miembros de establecer impuestos, derechos o tasas distintos de los impuestos sobre el volumen de negocios, como ya se había indicado en la sentencia de 13 julio 1989, asuntos acumulados 93/88 y 94/88, Wisselink y otros; y que del propio artículo 33 de la Sexta Directiva en materia de IVA se deduce que el Derecho comunitario admite la existencia de otros regímenes de imposición aparte del IVA, conforme ha sido ya declarado, entre otras, por las sentencias de 8 julio 1986, 73/85, Kerrutt; 13 julio 1989, asuntos acumulados 93 y 94/88, Wisselink y otros; y 19 marzo 1991, C-109/90, Giant.

Bajo estas premisas hay que señalar, inmediatamente, que el IDEC es completamente diferente del IVA y, por consiguiente, no tiene acomodo en el seno de los impuestos sobre el volumen de negocios, y ello, básicamente, porque aquél, a diferencia del IVA, ni se recauda en todas las fases del proceso de producción y distribución de bienes y de servicios, ni tiene incidencia en exclusiva sobre el valor añadido, con base en la deducción del impuesto previamente soportado, ya que en el IDEC no se establece —más bien se imposibilita, debido a que está prohibida la repercusión jurídica del mismo hacia terceros (artículo 5.3 de su Ley reguladora)— el ejercicio del derecho a la deducción, que, por el contrario, constituye el eje central sobre el que se articula el IVA, y sin cuya existencia éste no puede operar, habiéndose señalado a este propósito que el derecho de deducción constituye el núcleo fundamental del mecanismo de aplicación del IVA, pues si el propósito de hacer recaer la carga fiscal en el consumidor se consigue a través del ejercicio obligatorio de la repercusión, el objetivo de la neutralidad del impuesto en relación con los operadores económicos que intervienen en el ciclo de producción y distribución de bienes y servicios se alcanza fundamentalmente mediante el derecho a la deducción o, en última instancia, con el derecho de reembolso (Checa González y Merino Jara, 2006).

Como se observa, son grandes y evidentes las diferencias existentes entre el mecanismo impositivo de aplicación del IDEC y el del IVA, razón por la que, desde esta perspectiva, aquél no puede considerarse como uno de los impuestos que se pueda entender como prohibido por el mandato del artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre, de la Sexta Directiva en materia de IVA; sino, por el contrario, como plenamente admisible

y compatible con este último, debiendo, además, señalarse que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas viene manteniendo una doctrina respecto a la interpretación del contenido y alcance del referido artículo 33 de dicha Directiva sumamente flexible y abierta, siendo muy pocas las ocasiones en las que se ha declarado que un impuesto encaja en la prohibición de dicho precepto.

2. Ayudas de Estado

Comenzaremos recordando que el eurodiputado Sr. García Margallo y Marfil planteó el 19 de abril una pregunta oral (H-0391/01) en el Parlamento Europeo, sobre el Anteproyecto de Ley del impuesto extremeño, dirigida a la Comisión Europea de la que ahora nos interesa lo siguiente:

La Junta de Extremadura (España) ha aprobado recientemente un anteproyecto de ley que pretende gravar fiscalmente la captación del ahorro por entidades situadas en la Comunidad Autónoma de Extremadura si éstas no se reinvierten en proyectos productivos para la región. En concreto, el nuevo impuesto gravará (entre un 0,3 por 100 y un 0,6 por 100) los depósitos captados por las entidades de crédito que operen en Extremadura, si bien éstas tendrán derecho a deducir del impuesto las cantidades reinvertidas en obras y servicios de interés regional pues la intención de las autoridades autonómicas no es tanto gravar el ahorro captado en Extremadura como penalizar el que no se reinvierta en la región.

¿Entiende la Comisión que esta nueva figura impositiva puede constituir una discriminación que distorsiona la libre competencia? ¿Considera la Comisión que esta medida puede vulnerar el Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas?

La respuesta, dada el 17 de mayo de 2001, a las preguntas fue la siguiente:

En la medida en que el anteproyecto de ley de la Junta de Extremadura introduciría una discriminación entre diferentes entidades de crédito en función de que inviertan o no en la región, se podría considerar que presenta elementos que pueden caracterizarse como ayudas estatales. No obstante, la información de que dispone la Comisión al respecto no le permite pronunciarse de manera definitiva sobre este asunto.

El Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas contempla las medidas fiscales que prevean un nivel efectivo de imposición fiscal mucho más bajo (incluida la imposición cero) que los niveles que se aplican generalmente en el Estado miembro en cuestión, y cuyo atractivo pueda influir de manera significativa en la ubicación de las empre-

sas dentro de la Comunidad. El anteproyecto de ley aprobado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura no parece figurar entre los casos contemplados en estas normas.

Por último, en lo que se refiere a la tercera pregunta, la Comisión considera que no cabe descartar que los efectos de la figura impositiva mencionada puedan representar un obstáculo a la libre circulación de capitales según lo establecido en el artículo 56 del Tratado CE. Un impuesto de estas características podría constituir un obstáculo para la inversión entre la Comunidad Autónoma de Extremadura y los Estados miembros, lo que, de conformidad con el Tratado, está prohibido. No obstante, la Comisión considera que en este momento sería prematuro hacer más observaciones sobre el asunto dado que la pregunta se refiere a un anteproyecto de ley.

Con respecto al concepto de ayuda, hay que decir que en el artículo 107 del Tratado de la Unión Europea se establece que «serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

No existe una definición legal de ayuda (Dos Santos, 2009). Según jurisprudencia reiterada, el concepto de ayuda es más general que el de subvención, dado que incluye no sólo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones del Estado que, bajo distintas formas, reducen las cargas que suelen gravar el presupuesto de una empresa y que, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos. En ese sentido, según la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas* (DO C 384, p. 3), tal ventaja puede concederse mediante una reducción de la carga fiscal de la empresa de distintas formas, concretamente: mediante la reducción de la base imponible (deducciones especiales, amortización extraordinaria o acelerada, inscripción de reservas en el balance, etc.); mediante la reducción total o parcial de la cuantía del impuesto (exención, crédito fiscal, etc.) o mediante el aplazamiento, la anulación, o incluso el reescalonamiento excepcional, de la deuda fiscal. A priori, una exención, como es el caso, concedida por una comunidad autónoma, podría constituir una ayuda de Estado.

Nótese, no obstante, las cautelas con las que se pronuncia la Comisión. No es para menos, dada la complejidad de la regulación comunitaria sobre ayudas de Estado.

Como anticipábamos, al menos en hipótesis la exención relativa a las secciones de crédito de las cooperativas podría considerarse ayuda de Estado. Nosotros no lo creemos así por la sencilla razón de que, como hemos dicho, sus operaciones activas y pasivas están limitadas a la propia cooperativa y a sus socios. ¿Que quiere decir esto? Que los principios mutualistas son más que notorios y por ello pueden traerse a colación con provecho las conclusiones del Abogado General Sr. Jääskinen presentadas el 8 de julio de 2010, *Paint Graphos*, Asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, pues considera que para determinar si una medida fiscal constituye una ventaja ha de compararse la situación de la empresa beneficiaria en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. En ese sentido, afirma que el régimen general de tributación de las personas jurídicas no está destinado a aplicarse a las sociedades que siguen el principio mutualista, sin perjuicio de algunas excepciones. En su opinión, «cuando las reglas generales relativas a la tributación de las personas jurídicas se aplican a las sociedades cooperativas, dichas reglas tienen por objeto regular los elementos pertinentes para la determinación de la base imponible y del cálculo del rendimiento imponible. Sin embargo, la tributación definitiva está sujeta a disposiciones excepcionales que se aplican bien a todas las cooperativas, bien a las cooperativas de determinados tipos o de determinados sectores. De este modo, el régimen general en su conjunto sólo es aplicable a una sociedad cooperativa cuando dicha sociedad no haya cumplido los criterios derivados de las disposiciones estrictas sobre su carácter mutualista, o en otras palabras, cuando no haya actuado de forma característica de las cooperativas». Con esta argumentación, el Abogado General justifica el tratamiento dispar de las sociedades cooperativas en general, y de las italianas en particular, acudiendo al carácter mutualista como elemento o rango diferenciador de estas sociedades respecto del resto de entidades mercantiles, excluyendo, por lo expuesto, la consideración de ventajosa de la medida concreta examinada.

El Abogado General ve, pues, con buenos ojos el régimen fiscal aplicable a las cooperativas, en particular, en el impuesto sobre sociedades, cuando estas cumplan los criterios derivados de las disposiciones estrictas sobre su carácter mutualista. No queremos entrar ahora a considerar si esta tesis es o no demasiado restrictiva. Desde luego, para el sector lo es (Karlshausen, 2010). En ese sentido, particularmente en España, se asegura que progresivamente se ha ido produciendo la liberalización de las operaciones de la cooperativa con terceros y la crisis del principio de mutualidad (Gadea, Sacristán y Vargas Vasserot, 2009), y no por ello deben eliminarse toda suerte de medidas fiscales que se vienen aplicando a las cooperativas, en atención a los intereses generales. No se está de acuerdo con que el fun-

cionamiento mutual sea el único fundamento del especial régimen fiscal de las cooperativas. En todo caso, esa es la visión que, a día de hoy, parece tener la Comisión Europea.

El marcado carácter social de las cooperativas les ha hecho merecedoras de un tratamiento fiscal peculiar que las singulariza respecto del resto de sociedades mercantiles. Y más aún cuando la propia Comisión, en su Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (*), señalaba que, por la peculiar estructura y forma de funcionamiento de las empresas en ella integradas, la economía social supone un ejemplo de responsabilidad social, además de constituir un instrumento especialmente valioso para las políticas sociales y de empleo.

En la actualidad, se encuentra en tramitación el proyecto de Ley de Economía Social. Se consideran entidades de economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios que rigen el funcionamiento de estas sociedades.

Esos principios reflejan el carácter especial de estas entidades con un gran componente social, que las singulariza frente al resto de sociedades:

- a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que conlleva priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad que en relación a sus aportaciones al capital social.
- b) Aplicación de los excedentes disponibles de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio realizado por los socios y, en su caso, al fin social objeto de la entidad.
- c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la cohesión social y la sostenibilidad.
- d) Independencia respecto a los poderes políticos.

Es precisamente ese componente social el que les hace merecedoras de una legislación específica, con la que «establecer un marco institucional favorable para la constitución y registro de las Cooperativas de manera rápida, sencilla y económica, la dotación de reservas irrepartibles, al menos parcialmente, y de fondos de solidaridad, adopción de medidas de control que respeten

su naturaleza y autonomía, y facilitar la integración y asociacionismo entre las Cooperativas» (García Jiménez, 2010); justifica asimismo el peculiar régimen jurídico, y particularmente fiscal, de estas sociedades y ampara la necesidad de su refuerzo. En el ámbito de la Unión Europea se han producido tímidos avances en el reconocimiento y despliegue de políticas favorables a la economía social, avances, que, sin embargo, chocan con dos asuntos que, actualmente, ocupan un lugar central en la política y la agenda comunitaria: por un lado, las barreras procedentes de la política de la competencia, y por otro, la revisión de la política de ayudas de Estado (Monzón *et al.*, 2010).

Cuando se piensa en medidas para favorecer la económica social, no cabe pensar sólo en las que establezca el Estado, también las comunidades autónomas y las entidades locales tienen mucho que decir. Consciente de ello, la Comunidad Autónoma de Extremadura prevé una deducción en los términos que vamos a ver.

Si, cumplidos los requisitos indicados, los beneficios fiscales reconocidos a favor de las cooperativas predominantemente mutualistas no pueden reputarse ayudas de Estado, con mayor motivo tampoco puede conceptuarse como tal la exención prevista en el impuesto extremeño a favor, específicamente, de la sección de crédito de las cooperativas, dada la regulación de dicha sección.

También se suscita la duda de la adecuación al régimen de ayudas de Estado de las deducciones en la cuota íntegra, concretamente las que afectan a las cooperativas de crédito y a las cajas de ahorros.

Pues bien, las cooperativas de crédito extremeñas pueden realizar toda clase de operaciones activas, pasivas y de servicio propias de las entidades de crédito, atendiendo preferentemente las necesidades financieras de sus socios.

Para ello, el conjunto de las operaciones activas con terceros no podrá alcanzar el 50 por 100 de los recursos totales de cada entidad. El carácter mutualista característico de las cooperativas de crédito españolas se ha flexibilizado mucho desde la década de los años sesenta del siglo pasado a la actualidad; antes era netamente mutualista, dado que sólo los socios podían recibir créditos y, aunque podían captar depósitos de terceros no socios, en la práctica, los depositantes y los perceptores de los préstamos eran los mismos. Ahora, como se ha dicho, se han flexibilizado las operaciones con terceros no socios (Gadea, Sacristán y Vargas Vasserot, 2009). Sea como fuere, en dicho porcentaje no se computarán las operaciones realizadas por las cooperativas de crédito con los socios de las cooperativas asociadas, las de colocación de los

excesos de tesorería en el mercado interbancario, ni la adquisición de valores y activos financieros de renta fija que pudiesen adquirirse para la cobertura de los coeficientes legales o para la colocación de los excesos de tesorería.

No obstante, la Consejería de Economía, Industria y Comercio de la Junta de Extremadura, previo informe del Banco de España, podrá autorizar la ampliación del límite señalado en relación con las operaciones activas que las cooperativas de crédito pueden realizar con terceros, durante el plazo que se fije, cuando, por circunstancias excepcionales no imputables a las cooperativas de crédito, su actuación dentro de dicho límite suponga una reducción de actividad económica de la entidad que ponga en peligro su viabilidad.

El excedente neto del ejercicio económico, resultado de la diferencia entre el saldo acreedor de la cuenta de resultados y las posibles pérdidas que se presenten, va a verse reducido en los impuestos exigibles y los intereses al capital desembolsado para, de este modo, obtener el excedente disponible, que se destinará en un 20 por 100 al Fondo de Reserva Obligatorio, y en un mínimo del 15 por 100 al Fondo de Educación y Promoción. Este último porcentaje se reduce hasta un 10 por 100 en la normativa estatal, la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito.

El Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo de Educación y Promoción constituyen una de las principales prerrogativas en el funcionamiento de las sociedades cooperativas, hasta tal punto que sus dotaciones no pueden repartirse entre los socios ni siquiera en el caso de liquidación de la cooperativa.

La razón de ser del Fondo de Reserva Obligatorio coincide con la que justifica la existencia de una reserva legal en otras sociedades, cual es el fortalecimiento patrimonial de la cooperativa, su consolidación, desarrollo y garantía. Se trata de una obligación que la ley tradicionalmente impone a la cooperativa por su especial naturaleza de sociedad con capital variable, y con el fin de dotarle de mayor credibilidad y seguridad frente a los terceros (Crespo Miegimolle, 1999). Las partidas que lo integran no pertenecen a nadie en particular, no son objeto de redistribución, característica que se explica «por la proyección social que persiguen las sociedades cooperativas: el patrimonio colectivo se destina a hacer efectivo el principio de solidaridad entre sus socios actuales y futuros, o respecto a personas ajenas a la cooperativa que experimenten las mismas necesidades, porque, si llega a disolverse la cooperativa, el remanente del Fondo se destina a la promoción del cooperativismo» (Morillas Jarillo y Feliú Rey, 2002).

En definitiva, serían la destacada función social y el interés público que persiguen los verdaderos fundamentos del tratamiento fiscal favorable concedido a esas entidades. En ese sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. p. I-7747, apartados 87 a 93, declaró que no constituye una ayuda de Estado una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera, y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 87 CE, apartado 1 (equivalente al actual 107 del TFUE). Además, según el Tribunal de Justicia, para ello es necesario que se cumplan cuatro requisitos acumulativos:

1) la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas;

2) los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente;

3) la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones,

y 4) cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Pero centrémonos en el Fondo de Educación y Promoción, puesto que los importes destinados a él son los que disfrutan del beneficio fiscal de la deducción. En ese sentido, hay que decir que a diferencia del Fondo de Reserva Obligatorio, la finalidad del Fondo de Educación y Promoción no es económica, sino que se destina a la realización de actividades que repercuten directamente en beneficio de la comunidad, y en la consecución del interés general. Pueden ser agrupadas en tres categorías:

A) Actividades relacionadas con el cooperativismo

— La formación y educación de sus socios y trabajadores en los principios y valores cooperativos, o en materias específicas de su actividad societaria o laboral y demás actividades cooperativas.

— La difusión del cooperativismo.

— La promoción de las relaciones inter-cooperativas.

B) Actividades relacionadas con la sociedad

— La formación y educación de los socios y trabajadores en materias relativas a la actividad societaria, laboral y demás relacionadas con la sociedad.

— La formación y educación de los socios en técnicas empresariales, económicas o profesionales.

— La formación en la dirección y control empresarial adecuada a los miembros del órgano de administración o los interventores.

C) Actividades de interés general

— La promoción cultural, profesional y asistencial del entorno local o de la comunidad en general, así como la mejora de la calidad de vida y del desarrollo comunitario.

— La promoción de acciones de protección medioambiental y desarrollo sostenible.

— La realización de objetivos de incidencia social y de lucha contra la exclusión social.

La condición de inembargables y no repartibles de los fondos descritos provoca que el excedente máximo distribuible en las cooperativas sea inferior al que se genera en otro tipo de sociedades de capitales; de este modo se asegura el cumplimiento de los fines referidos y el cumplimiento de los valores y principios que guían el funcionamiento de estas entidades. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado que en el concepto de ayuda no tienen cabida las medidas que introducen una diferenciación entre empresas cuando ésta resulte de la naturaleza y estructura del sistema de cargas que dichas empresas soportan y en el que se enmarcan. En el ámbito de las cooperativas, no cabe ninguna duda de que las obligaciones que éstas asumen son considerables y no se presentan en el resto de figuras societarias, lo cual precisa y justifica cierto trato favorable en determinadas obligaciones tributarias (Merino Jara y Manzano Silva, 2010).

Por su parte, es el artículo 96 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, el que se refiere al Fondo de Educación y Promoción, que es similar al extremeño. Las diferencias no son sustanciales. Por ello nos limitamos a reseñar algunos apartados de dicho artículo:

— El 20 por 100, al menos, de la dotación mínima legal y anual que, sobre los excedentes, así como sobre los resultados derivados de operaciones realizadas con terceros no socios, debe integrar este fondo, se pondrá a disposición del Consejo Andaluz de Cooperación, que acordará su destino en el ámbito de los fines a los que legalmente ha de destinarse el Fondo de Educación y Promoción, y procederá a su aplicación.

Las cooperativas cuyos excedentes anuales sean inferiores a veinticinco millones de pesetas quedan exentas de la obligación establecida en el párrafo anterior de este apartado.

Otro 20 por 100, al menos, de dicha dotación se destinará por las cooperativas que lo generen a las líneas de actuación que, a este fin, acuerde, asimismo, el Consejo Andaluz de Cooperación.

En cuanto al resto, y siempre para el cumplimiento de dichos fines, las cooperativas podrán acordar la aportación del mismo o de parte de él a las federaciones andaluzas de ámbito regional, pudiéndose igualmente colaborar con otras sociedades o asociaciones cooperativas, instituciones públicas y privadas, y con organismos dependientes de la Administración estatal y autonómica.

— Las dotaciones al Fondo de Educación y Promoción, así como las aplicaciones del mismo, se reflejarán separadamente en la contabilidad social, en cuentas que expresen claramente su afectación a dicho fondo. Asimismo, figurará en el pasivo del balance con separación de los restantes fondos y del capital social.

— La memoria anual formulada por el Consejo Recor deberá reflejar la liquidación de ingresos y gastos, así como de beneficios o pérdidas de este fondo. Se reflejará, asimismo, la cantidad que, con cargo a dicho fondo, se ha destinado a los fines del mismo, con indicación de la labor realizada y, en su caso, mención de las sociedades o entidades a las que se remitieron para el cumplimiento de dichos fines.

— La Asamblea General Ordinaria que apruebe las cuentas del ejercicio fijará las líneas básicas de aplicación del fondo para el ejercicio siguiente. En el supuesto de las cooperativas de crédito, dichas líneas básicas de aplicación deberán ser sometidas a autorización conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 146 de la presente Ley.

— Cuando, en cumplimiento de las líneas básicas de aplicación fijadas por la Asamblea General, no se gaste la totalidad de la dotación del Fondo de Educación y Promoción durante el ejercicio, el importe que no se haya aplicado deberá materializarse, dentro del mismo ejercicio, en cuentas de ahorro o en títulos de deuda pública cuyos rendimientos financieros se aplicarán al propio fondo. Dichos depósitos o títulos no podrán ser pignoralados ni afectados a préstamos o cuentas de crédito.

En relación con la deducción relativa a la Obra Social de las cajas de ahorros, diremos que estas entidades combinan dos funciones, una financiera y otra social. Como entidades financieras, las cajas gestionan más de la mitad de los recursos captados entre las empresas y las familias españolas, y lideran al sumar los activos de las 45 cajas, la actividad crediticia del sistema financiero. En su vertiente social, las cajas se ocupan, en esencia, de evitar la exclusión financiera y de fomentar el desarrollo económico, y promover el progreso social y cultural de sus comunidades de origen.

Aunque el carácter social orienta cualquier actividad de las cajas, donde este compromiso se hace más visible es a través de las distintas manifestaciones socio-culturales de la Obra Social; como la construcción y/o mantenimiento de diversos centros y la realización de actividades que se destinan a las principales demandas sociales, desde el medio ambiente a la cultura, sin olvidar los programas de integración de los colectivos con mayores problemas, así como a la restauración y conservación del patrimonio histórico-artístico.

Sin la Obra Social de las cajas, muchos ciudadanos, especialmente en el medio rural, carecerían de numerosos servicios asistenciales y verían prácticamente imposibilitado su acceso a la cultura.

Pues bien, el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, ha reformado la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro, creando la Comisión de Obra Social, con la finalidad, según su exposición de motivos de velar «por el correcto cumplimiento de la obra benéfico-social, cualquiera que sea el modelo de actividad de la caja». Se regula en el nuevo artículo 27. Ter de la Ley 31/1985 y está integrada por los consejeros generales que nombre la Asamblea, y a ella pueden incorporarse representantes de las comunidades autónomas en las que la caja tenga su sede social y en las que haya captado al menos el 10 por 100 del total de sus depósitos.

La Ley 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Extremadura, dedica los artículos 21 a 24 a regu-

lar la Obra Social. Nos interesa retener de ellos lo siguiente:

— Las cajas de ahorros con domicilio social en Extremadura destinarán la totalidad de los excedentes que, conforme a la normativa vigente, no se apliquen a reservas o a fondos de provisión no imputables a riesgos específicos o no sean atribuibles, en su caso, a los cuota-partícipes, a la dotación de un fondo para la Obra Social, que tendrá por finalidad la financiación de obras propias o en colaboración, y excepcionalmente ajenas, en los campos de la investigación, la enseñanza, la cultura, la sanidad, los servicios de asistencia social, el apoyo a la economía social, al fomento del empleo y otros que tengan carácter social o favorezcan el desarrollo socioeconómico de Extremadura.

— La Consejería de Economía y Hacienda podrá establecer las directrices a seguir en materia de obra social y otros fines, indicando las carencias y prioridades dentro del más absoluto respeto a la libertad de las cajas de ahorros para la elección de las inversiones concretas.

En relación con lo que ahora importa, la regulación de la Obra Social en la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, es similar.

Ninguna duda tenemos de que la deducción relativa a la obra social no constituye ayuda de Estado. Nótese que no es toda la caja la que está exenta, sino una parte de la misma, su obra social. Basta invocar el principio de proporcionalidad para descartar que esta deducción sea contraria al derecho comunitario. Por lo demás, también podría traerse a colación con provecho la sentencia «BUPA» del Tribunal de Primera Instancia (Tribunal General, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009), de 12 de febrero de 2008, As. T-289/03, en la medida en que aplica la doctrina sobre el marco jurídico de los SIEG (es decir, los servicios de interés económico general), a los servicios sociales de interés general (SSIG). Consagra, pues, una cierta intercomunicación entre los SIEG y los SSIG.

En fin, no tenemos noticia sin embargo de que, a nivel comunitario la controversia haya ido a más, pero es importante destacar, siquiera sea a efectos dialécticos, que en el hipotético caso de que se considerara en un futuro que las deducciones fueran ayudas de Estado, y por tanto se exigiera su restitución, las beneficiarias, si alegaran el principio de confianza legítima, en la creencia de que el tiempo transcurrido puede interpretarse como una tácita admisión de su adecuación al régimen comunitario de ayudas de Estado, se encontrarían muy probablemente con una desagradable sorpresa, dado que su pretensión resultaría desestimada. En supuestos más dudosos que éste no se ha dado la razón al

beneficiario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Efectivamente, en la sentencia de 12 de febrero de 2008, CELF y ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, Rec. p. I-469; «sentencia CELF I» puede leerse (apartados 66 a 68):

— (...) el Tribunal de Justicia ya declaró, en una situación en la que la Comisión había decidido inicialmente no plantear objeciones a las ayudas controvertidas, que no podía considerarse que tal circunstancia hubiera podido originar en la empresa beneficiaria una confianza legítima, ya que esta decisión fue impugnada dentro de los plazos señalados para la interposición de un recurso contencioso y fue posteriormente anulada por el Tribunal de Justicia (sentencia de 14 de enero de 1997, España/Comisión, C-169/95, Rec. p. I-135).

— El Tribunal de Justicia ha afirmado, igualmente, que, hasta que la Comisión no adopte una decisión de aprobación, e incluso hasta que venza el plazo señalado para interponer un recurso contra dicha decisión, el beneficiario no tiene certeza alguna acerca de la legalidad de la ayuda prevista, que es la única que puede originar en él una confianza legítima (véase la sentencia de 29 de abril de 2004, Italia/Comisión, C-91/01, Rec. p. I-4355).

— Es preciso constatar que, de igual modo, cuando se ha interpuesto un recurso de anulación, el beneficiario no puede albergar tal certeza hasta que el juez comunitario no se haya pronunciado de forma definitiva.

Por tanto, si en una situación como esta no se apreció la existencia de confianza legítima, mucho menos se apreciaría en una situación como la que nos hemos planteado hipotéticamente. Situación, por cierto, que no debería ni siquiera presentarse. La duda de si son ayudas o no se suscita, en el caso del impuesto extremeño, en relación con la exención de la que disfrutaban las secciones de crédito de las cooperativas y en relación con las deducciones específicas, particularmente las aplicables a la Obra Benéfico Social de las cajas de ahorros y el Fondo de Educación y Promoción de las cooperativas de crédito. En el caso del impuesto andaluz, las dudas sólo se nos plantean con la Obra Benéfico Social de las cajas de ahorros y el Fondo de Educación y Promoción de las cooperativas de crédito, puesto que no está exenta (ni no sujeta) la sección de crédito de las cooperativas.

3. Libre circulación de capitales

Comenzaremos recordando que el eurodiputado Sr. García Margallo y Marfil planteó el 19 de abril una pregunta oral (H-0391/01) en el Parlamento Europeo, sobre el anteproyecto de Ley del impuesto extremeño, dirigida a la Comisión Europea del siguiente tenor: «¿Estima

la Comisión que la citada figura constituye un obstáculo a la libre circulación de capitales?»

La respuesta, dada el 17 de mayo de 2001, a la pregunta fue la siguiente:

La Comisión considera que no cabe descartar que los efectos de la figura impositiva mencionada puedan representar un obstáculo a la libre circulación de capitales según lo establecido en el artículo 56 del Tratado CE. Un impuesto de estas características podría constituir un obstáculo para la inversión entre la Comunidad Autónoma de Extremadura y los Estados miembros, lo que, de conformidad con el Tratado, está prohibido. No obstante, la Comisión considera que en este momento sería prematuro hacer más observaciones sobre el asunto dado que la pregunta se refiere a un anteproyecto de ley.

En ese sentido, la STJUE de 3 de junio de 2010 C-487/08, Comisión/España, establece que para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato resultante afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general (véanse las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071; y de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477). En este campo, como en otros, es recomendable conducirse con cautela, pues el principio de no discriminación no impide que el legislador dé un trato fiscal diferente si existen razones objetivas para ello, lo cual implica que quien alegue su vulneración deberá demostrar que se ha dispensado un tratamiento fiscal distinto a situaciones iguales o similares.

Pues bien, algunos autores, entre otros, Rodríguez Muñoz (2002), consideran que el tributo diseñado por la Comunidad Autónoma de Extremadura puede colisionar con la libre circulación de capitales.

Lo cierto es que, desde la perspectiva que da el tiempo, no parece que dicha colisión exista. No se olvide que la pregunta a la Comisión se planteó sobre el anteproyecto de Ley, y este experimentó modificaciones sustanciales, desde nuestro punto de vista, que despejan las dudas acerca del respeto o no a la libre circulación de capitales.

V. PALABRAS FINALES

Como se ha dicho al principio, el IDEC se estableció por parte de una comunidad autónoma que ha estado siempre en primera línea a la hora de «inventar impuestos». Varios de ellos claramente con una finalidad extrafiscal; tal fue el caso de los impuestos, ya suprimidos,

sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento y sobre las tierras calificadas como regadíos infrautilizados —hasta el extremo de que no llegaron a recaudar nada durante todo el tiempo que estuvieron en vigor—, otros no tanto. La tardanza del TC en resolver el recurso de inconstitucional interpuesto contra su ley reguladora nos ha privado a estas alturas de tener criterios firmes sobre su constitucionalidad. La modificación de la LOFCA realizada en el año 2009 hace que la bruma sea menos densa, de manera que es más fácil ver su constitucionalidad. Casi una década después, Extremadura ha sido «imitada» por Andalucía, si bien es cierto que ahora las circunstancias son muy otras. Además, pudiera darse el caso de que se acabara estableciendo un impuesto estatal sobre la materia gravada o sobre otra similar, en cuyo caso habría de solucionarse la «convivencia» del impuesto estatal y los impuestos extremeño y andaluz, pero eso es algo que todavía no se ha producido y, por tanto, lo procedente es cerrar ya en este punto el presente trabajo.

NOTAS

(*) COM (2001) 366. Véase, asimismo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 22 marzo de 2006, «Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas», COM (2006) 136 final.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME MARTÍNEZ, F. (2010), «Los impuestos propios de las comunidades autónomas. Especial referencia a la modificación del artículo 6.3 de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009», en prensa
- BORRERO MORO, C. (2004), «La materia imponible en los tributos extrafiscales. ¿Presupuesto de realización de la autonomía financiera?», *Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, n.º 33, Pamplona.
- CALVO VERGEZ, J. (2003), «Algunas consideraciones acerca del impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito de Extremadura», *Quincena Fiscal*, n.º 1.
- CAMPOS CLIMENT, V., y SANCHÍS PALACIO, J.R. (2005), «Las secciones de crédito de las cooperativas en España. Análisis de su situación actual y su papel en la financiación al cooperativismo agrario y al desarrollo rural», *Revista de Desarrollo Rural y Cooperativismo Agrario*, n.º 9: 49.
- CHECA GONZÁLEZ, C. (2008), *Propuestas para un nuevo modelo de financiación de las comunidades autónomas de régimen común en materia de impuestos propios y cedidos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- CHECA GONZÁLEZ, C., y MERINO JARA, I. (2006), «Impuesto sobre depósitos de entidades de crédito», *Tributos Locales y Autonómicos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- CRESPO MIEGIMOLLE, C. (1999), *Régimen fiscal de las cooperativas*, Aranzadi, Pamplona: 164.
- DOS SANTOS, A. C. (2009), *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, L.G.D.L., Bruylant.

- FALCON y TELLA, R. (2001), «La inconstitucionalidad declarada del impuesto balear sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y la previsible inconstitucionalidad del impuesto catalán sobre grandes superficies y del proyectado impuesto extremeño sobre ahorro», *Quincena Fiscal*, n.º 5.
- GADEA, E.; SACRISTÁN, F., y VARGAS VASSEROT, C. (2009), *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad y propuestas de reforma*, Dykinson, Madrid: 449 y siguientes.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2010), «La necesaria armonización internacional del Derecho cooperativo: el caso español», *Revista de Estudios Cooperativos*, Revesco, n.º 102: 85,60.
- GUTIÉRREZ DE GANDARILLA GRAJALES, F. A. (2002), «Algunas reflexiones jurídicas sobre el nuevo Impuesto Extremeño sobre Depósitos de Entidades de Crédito», *Impuestos*, n.º 1.
- KARLSHAUSEN, L. (2010), «Fiscalité des coopératives», Comunicación presentada en el ICA European Research Conference *Cooperatives Contributions to a Plural Economy*, Lyon, 2-4 septiembre.
- MANZANO SILVA, E. (2010), «Extremadura ante el nuevo modelo de financiación autonómica y la reforma de su Estatuto de Autonomía», inédito, pendiente de publicación.
- MERINO JARA, I. y MANZANO SILVA, E. (2010), «Credit cooperatives societies, particularly in the Autonomous Community of Extremadura», Comunicación presentada en el ICA European Research Conference *Cooperatives Contributions to a Plural Economy*, Lyon, 2-4 septiembre.
- MONZÓN, J.L. (coord.); CALVO ORTEGA, R.; CHAVES ÁVILA, R.; FAJARDO GARCÍA, I.G., y VALDÉS DAL-RE, F. (2009), *Informe para la elaboración de una Ley de Fomento de la Economía Social*, Civiec: 106.
- MORILLAS JARILLO, M.J., y FELIÚ REY, M.I. (2002), *Curso de cooperativas*, Tecnos, Madrid: 439.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M. (2002), «El impuesto extremeño sobre los depósitos de las entidades de crédito: una primera aproximación», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, volumen 52, n.º 265.

La tasa municipal de cajeros automáticos: una primera batalla ganada por los ayuntamientos

Pablo Chico de la Cámara

I. PLANTEAMIENTO

A lo largo de estas páginas, analizaremos la prestación tributaria que grava la utilización de cajeros automáticos, y que ha generado en los últimos años mucha conflictividad entre los ayuntamientos y las entidades financieras, y responderemos a las siguientes preguntas:

¿Qué tipo de tributo es?, ¿por qué concepto se paga?, ¿quién lo paga?, ¿cuánto se paga?, ¿cómo se paga?, ¿resulta legítimo exigirlo basándose en la jurisprudencia dictada hasta la fecha? Y, en caso afirmativo, ¿existe alguna alternativa legal por parte de las entidades financieras para eludir la realización del hecho imponible?

II. NATURALEZA TRIBUTARIA Y COBERTURA LEGAL

Como cuestión previa al análisis jurídico de este tributo, cabe afirmar que no existe una actuación unánime por parte de los ayuntamientos al objeto de configurar esta prestación tributaria (1), lo que ha llevado a que unos ayuntamientos la incluyan en una ordenanza general de tasas por utilidades privativas y aprovechamientos especiales de dominio público (v.gr. Alcobendas, Burgos, Móstoles y Pozuelo de Alarcón); otros, en una ordenanza más específica de tasas por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de los terrenos de dominio público (v.gr. Castellón, Palma de Mallorca y Las Rozas), y por último, el supuesto más inusual de aquellos otros ayuntamientos que han aprobado una ordenanza propia de tasa por instalación de cajeros automáticos en las fachadas de los inmuebles con acceso directo desde la vía pública (v.gr. Alcalá de Henares y Ciudad Real) (2).

La cuestión que puede plantearse reside en si dichas ordenanzas fiscales tienen cobertura legal de acuerdo con la profusa doctrina del Tribunal Constitucional. Como es sabido, nuestro Alto Tribunal tiene declarado en las SSTC 185/1995; 233/1999; 106/2000; 63/2003, y 150/2003 que, con independencia del *nomen iuris* que utilice el legislador a la hora de denominar a una determinada exacción, toda prestación pecuniaria de carácter coactivo que reúna los requisitos intrínsecos de una tasa debe venir regulada por una ley. Nos encontramos por consiguiente ante una garantía para el conjunto de los ciudadanos con el fin de que la Administración no actúe con interdicción de la arbitrariedad creando bajo la denominación formal de «tasas» figuras que se corresponden más con el diseño técnico de un «impuesto» (3). Se trataría, en definitiva, de un fraude de ley para salvar las limitaciones legales a la creación *ex novo* de impuestos por parte de las entidades locales (4). En efecto, nótese que una entidad local puede verse tentada a crear nuevas figuras tributarias que, bajo la denominación formal de «tasa» (sobre la que el TR. LRHL no establece tantas limitaciones para su creación), esconda por sus características intrínsecas un verdadero impuesto. Así, podría resultar contrario al principio de legalidad que mediante una Ordenanza se crease bajo el paraguas formal de «tasa» un tributo en el que el ente público no ofreciese a cambio del pago del tributo ninguna contraprestación directa, inmediata y a corto plazo. El principio de legalidad precisamente constituye una garantía de que el ente público incardine el citado tributo en alguno de los dos grandes bloques de presupuestos de hecho que gobiernan el marco conceptual de una tasa (a saber, prestación de un servicio público y utilización o aprovechamiento especial del dominio público).

Pues bien, cabe afirmar que resulta cierto que el artículo 20.3 TR. LRHL no recoge expresamente el esta-

blecimiento de tasas «por la utilización de cajeros automáticos», pero no por ello resulta inconstitucionalidad por falta de cobertura legal ex art. 31.3 CE (5). Recientemente se han manifestado en ese sentido las SSTs de 22 de octubre de 2009 (RJ 2009/7636 y JUR 2009/467511) al declarar que «todo ello permite apreciar que la existencia de cajeros automáticos comporta un aprovechamiento, no privativo pero sí especial, de la vía pública por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo, subsumible en el artículo 20 Ley 39/1988, RHL, donde se contiene una relación no cerrada, sino *abierta*, es decir, meramente enunciativa, de los conceptos concretos que motivan el cobro de una tasa. En relación con esta misma tasa, la anterior STS de 12 de febrero de 2009 (RJ 2007, 1797) también se manifestaba en estos términos al afirmar que «las entidades locales pueden establecer tasas —remarcándose así el carácter potestativo y voluntario de estos tributos, cuyo establecimiento depende exclusivamente de la voluntad de la entidad local respectiva, pudiéndose exigir únicamente previo acuerdo expreso de imposición y ordenación— por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los que aparecen expresamente configurados con carácter no taxativo, sino meramente enunciativo, en el referido precepto, del que se desprende que para que la utilización del dominio público pueda generar tasas locales es necesaria la concurrencia de estas tres circunstancias: a) que se trate de un aprovechamiento especial o privativo; b) que su uso sea legítimo, y c) que los bienes sean de dominio público local. «En rigor —concluye el Alto Tribunal—, no es necesario ninguna relación de supuestos, ni abierta ni cerrada, en base a que las Entidades Locales puedan exigir tasas, ya que la configuración en la Ley de la categoría genérica de tasa local y la regulación, también genérica, de todos sus elementos esenciales, es suficiente como para dar por adecuadamente cumplido el principio de reserva de ley».

Anteriormente, la STS de 29 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7436) también se había pronunciado respecto de la tasa de apertura de establecimientos comerciales, afirmando que la lista recogida en la LRHL no era *numerus clausus*, sino *numerus apertus*. Y, en esta misma línea, una profusa jurisprudencia de los tribunales superiores de Justicia (*vid.* entre otras, las sentencias del TSJ. de Asturias de 2 de julio de 2001 —JT 2001, 1301—; del TSJ. de Castilla-La Mancha de 17 de enero 2005 —JUR 2005/37944— y de 19 de diciembre de 2006 —JUR 2007/82974—; del TSJ. de Madrid de 26 de junio (JT 2008/310), de 6 de septiembre (JUR 2008/6945) y de 2 de octubre (JUR 2008/5208 y JUR 2008/5208), 26 de octubre (JUR 2008/21304) y 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008/118153); y de 10 de enero (JT 2008/359), de 6 de marzo —JUR 2008/198665—, de 29 de mayo (JUR

2008/284181), de 26 de junio (JUR 2008/293362), de 3 de julio —JUR 2009/292663—, de 4 —JUR 2009/89238 y JUR 2009/89345—) y 18 de diciembre de 2008 (JT 2009/431); también se ha manifestado expresamente sobre el carácter no exhaustivo o abierto del elenco de supuestos recogidos en la Ley.

Sin embargo, la STSJ Valencia de 27 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 5701) declaró nula la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Monóvar que regulaba la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local por cajeros automáticos en vía pública, entendiendo que la LRHL de 1988 (situación que puede entenderse aplicable también a la situación actual) establecía «un catálogo, *numerus clausus*, de supuestos para el establecimiento de tasas, entre los que no figura la instalación de cajeros automáticos que se encuentren ubicados en las fachadas de las entidades de crédito».

Por otro lado, nótese que el artículo 26 LBRL recoge una serie de servicios que han de prestarse obligatoriamente por los entes locales (6), pero fuera de éstos, no existe ninguna limitación para la configuración de tasas que sirvan para financiar servicios que presta el Ayuntamiento de forma voluntaria (*vid.* SSTs de 29 de mayo de 2000 —RJ 2000, 4278—; de 1 de junio de 2002 —RJ 2002, 5915—, y de 19 de abril de 2005 —RJ 2005, 3798—). En todo caso, a la tasa por utilización de cajeros, al tratarse de una prestación que grava el aprovechamiento especial de dominio público, y no los servicios, tampoco le afectaría esta disposición.

III. HECHO IMPONIBLE

1. Planteamiento

Como venimos señalando, a la luz de los artículos 2.2.a) de la Ley General Tributaria (en adelante LGT), 12 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TR. LRHL) y 1.2 de la Ley de Tasas y Precios Públicos (en adelante, LTPP), nos encontramos ante una prestación pecuniaria coactiva por el aprovechamiento especial del dominio público y que beneficia de modo particular al administrado.

2. Delimitación positiva

2.1. Aprovechamiento especial del dominio público

Como es sabido, las tasas pueden traer origen bien en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, o bien en la prestación de servicios y realización de actividades en régimen de dere-

cho público. En nuestro caso, es evidente que las tasas por utilización de cajeros automáticos han de incardinarse en el primero de los grupos citados.

Por su parte, dentro del subgrupo de tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público cabe incardinarlas en las tasas por el aprovechamiento especial, y no por utilización privativa del dominio público. Así las cosas, la diferencia entre uno y otro supuesto de hecho reside en una cuestión de «grado» en la intensidad del aprovechamiento especial. Los supuestos de utilización privativa tienen una máxima intensidad, mientras que en los casos de aprovechamiento especial les corresponde una menor intensidad de utilización del dominio público. Es doctrina pacífica en la jurisprudencia que en los supuestos de tasas por utilización de cajeros automáticos las entidades financieras restringen el uso del dominio público de forma parcial (aprovechamiento especial) pero no total (utilización privativa) (7). En efecto, como sostiene entre otras la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2004, «la instalación de los cajeros automáticos que ocupan por parte de la entidad bancaria apelante, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea el documento magnético, imprescindible para ello, y acceder así a una serie de servicios, cuya prestación resulta posible llevar a cabo mediante tales cajeros automáticos, tiene como consecuencia inmediata la realización de operaciones bancarias desde la vía pública y a través de tales instrumentos con la consiguiente ocupación temporal y parcial de la vía pública por los usuarios mencionados, receptores de servicios bancarios, cuyo desarrollo es trasladado así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Obviamente, todo ello supone un aprovechamiento no privativo, pero sí especial, de la vía pública por parte de la entidad bancaria titular del referido cajero automático subsumible en el artículo 20 LRHL de 1988. En esta línea, se manifestó la STSJ de Madrid de 16 de enero de 2004 (JUR 2004/222534) al afirmar que «tanto la expedición como la recepción pertenecen al mismo servicio, como también el manejo de la máquina con la tarjeta y el accionamiento de los mecanismos de aquella, de tal manera que si no hubiera esa actividad callejera no habría servicio, en el cual se utiliza el dominio público para algo bien distinto del uso general colectivo de la vía pública o del mero deambular».

A esta conclusión han llegado las SSTs citadas de 22 de octubre de 2009 al afirmar que «no ofrece dudas que la instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea la tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de opera-

ciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios, cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública».

En alguna ocasión, sin embargo, algún tribunal ha declarado de forma más que discutible que «el hecho de pararse en la acera los ciudadanos para utilizar los cajeros automáticos *no incorpora al uso común de la vía pública circunstancias de especial intensidad* (la cursiva es nuestra) que puedan caracterizar ese uso común de especial en cuanto que ni es un uso prolongado ni obstrucción (*sic*) ni reviste mayores diferencias con otras actividades que se ejercen en la vía pública como la generada por las personas que se acumulan en las puertas de los pubs, en la entrada a espectáculos o de otras actividades comerciales, en las paradas de transportes, contemplación de escaparates, etc. y que forman parte de la utilización cotidiana de la vía pública(...); vid. STSJ de Valencia de 27 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 5701).

Llegados a este punto, cabe cuestionarse quién tiene la carga de la prueba para acreditar la existencia del citado aprovechamiento especial del dominio público y, en segundo lugar, qué elementos de prueba han de concurrir para la acreditación de este aserto.

Respecto de la primera cuestión, cabe afirmar que corresponde a la Administración la prueba de la concurrencia del citado presupuesto de hecho de la tasa, es decir, del aprovechamiento especial de dominio público de conformidad con el artículo 105.1 LGT, que prescribe, como es sabido, que «en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo».

En segundo lugar, respecto de la prueba del citado aprovechamiento especial pueden enumerarse como elementos probatorios los siguientes argumentos:

Cabe entender que en estos casos sí existe una *restricción del uso de dominio público* de acuerdo con el artículo 75 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, aprobado por el RD. 1372/1986, de 13 de junio, que señala que «en la utilización de los bienes de dominio público se considerará: 1º uso (...) especial, si concurren circunstancias de este carácter por la peligrosidad, *intensidad del uso* o cualquiera otra semejante», y en su apartado 2º, uso privativo, el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados».

Efectivamente, esa «intensidad de uso» constituye un uso especial de la vía pública por los usuarios de caje-

ros, restringiendo su utilización para el resto de la colectividad. Algún autor hace referencia a ciertas molestias que se causan al resto de ciudadanos por la utilización de los cajeros, como son la existencia de recibos de los que se desprenden los usuarios fuera de las papeleras habilitadas expresamente a ese fin, o de la concurrencia de vehículos que se detienen en la propia vía con el fin de acceder a su utilización (cfr. Checa González, 2007).

Asimismo, también cabe destacar que el artículo 85 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), aprobado por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, titulado «tipos de uso de los bienes de dominio público», señala que «es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias como la peligrosidad o *intensidad del mismo*, preferencia en casos de escasez, la *obtención de una rentabilidad singular* u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste». En efecto, siguiendo al Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de julio de 1987 (RJ 1987, 6870), y de conformidad con los artículos 59 y 61 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, «es común porque no impide el uso por los demás interesados, es especial por la intensidad del uso, y es normal porque es conforme con el destino de los bienes. Pero es necesario aclarar —puesto que el razonamiento del juzgador debe ser, hasta donde es posible, persuasivo— que, en realidad, y pese a lo que dice la norma citada, uso común propiamente dicho, o uso común sin más es sólo aquél en que no concurre ninguna circunstancia singular y se ejerce con arreglo a la naturaleza de los bienes utilizados, esto es con arreglo al destino primario y normal de esos bienes, por lo que no exige ningún título en el usuario, siendo ese uso libre y gratuito, sin que necesite licencia ni autorización ni ningún acto administrativo previo para su utilización. Por eso el uso común sólo convencionalmente, es —podríamos decir— común... pero menos. En realidad este uso común especial es un grupo o modalidad autónoma que está muy cerca del uso privativo pero que no se identifica con él. Y es que ya no es libre o público sino que, por la especial intensidad en el caso (peligrosidad, etc. en otros, y quizá también en éste) exige de una intervención administrativa concretada en el acto de licencia. Y que es normal, el uso de que aquí se trata, no parece que exija mayor razonamiento, pues no desvirtúa ni altera el destino del subsuelo. Por todo lo cual, es correcto que el Ayuntamiento haya utilizado la forma de licencia y no de concesión».

La utilización de estos cajeros automáticos produce sin lugar a dudas, un provecho económico, una «rentabilidad singular» (en los términos de la LPAP) para la

entidad financiera al suponer un ahorro de costes por permitir la realización de operaciones comerciales (bancarias y de otro tipo lucrativo) en horario y fuera del horario comercial (8). En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de febrero de 2009, que, haciendo suyo un fundamento jurídico de la STSJ de 25 de abril de 2005 (JT 2006, 131), afirma que «mediante este sistema operativo, usual en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades ofrecen a sus clientes son prestados de forma ininterrumpida no ya en el interior del centro bancario sino con aprovechamiento, de forma no excluyente pero sí especial del espacio exterior, sobre la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito, que *indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad*». Efectivamente, como advierten las SSTSJ de Madrid de 15 y 22 de julio (JUR 2008/291337 y JUR 2008/383542), de 9 de octubre (JUR 2009/93147) y de 18 de diciembre de 2008 (JT 2009/431) y de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107532), a través de los cajeros automáticos «son prestados por el banco determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria. A través de tales aparatos puede verificarse un amplio número de operaciones de ese tipo sin necesidad de disponer para ello de un espacio físico propio, de empleados, ni del resto de los servicios ordinarios, lo que permite la extensión de la actividad negocial bancaria a todo el día. Es, por tanto, un sistema complementario del tradicional núcleo de actividad de la oficina, sistema en que el despacho con los clientes se verifica en el dominio público. Nos hallamos, en definitiva, ante un servicio prestado por el banco al cliente y del que aquél obtiene el consiguiente beneficio económico inherente a toda operación bancaria, incrementado, en lo que aquí interesa, con el ahorro que conlleva prescindir de los locales precisos para su prestación y su sustitución por la vía pública. No cabe duda de que el titular del cajero automático utiliza en beneficio particular el dominio público, con la consiguiente adquisición de la condición de sujeto pasivo del tributo en los términos del art. 23 de la LRHL de 1988».

En esta línea, también se ha pronunciado la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2005 (JUR 2005, 54426) al afirmar que la entidad bancaria obtiene «un beneficio económico, siendo entonces la tasa la compensación correspondiente a ese beneficio específico y exclusivo que sin el aprovechamiento del espacio público no obtendría; nada impide por tanto su inclusión en el art. 75 del Real Decreto 1372/1986, Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, como uso

común especial». Asimismo, el TSJ de Cataluña hace referencia también a un «provecho o beneficio» que recibe el banco con la utilización del cajero (sentencia de 7 de julio de 2000 —JT 2000/1296—), así como al «amplio abanico de operaciones incluso fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las propias dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que realiza en espacio de dominio público local, mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad y que traslada a la vía pública el desarrollo de los servicios que habría de ser realizados en el interior» (sentencia de 3 de abril de 2008 —JUR 2008/180893). Y el TSJ de Castilla y León en sentencia de 13 de octubre de 2006 (JUR 2006/247798) habla de «auténticas oficinas de urgencia de las entidades financieras en horas fuera de apertura de éstas».

2.2. Delimitación entre la tasa por utilización de cajeros y la de portadas, escaparates y vitrinas

Las SSTS de 12 de febrero y de 22 de octubre de 2009 citadas (FJ 5º) delimitan de forma sibilina la existencia de un aprovechamiento especial del dominio público en los supuestos de utilización de cajeros respecto del por aquél entonces precio público por portadas, escaparates y vitrinas.

Así sostienen las citadas sentencias que «la finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, que conlleva una mayor intensidad de uso del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, es lo que permite encontrar una diferencia con el supuesto que contempló esta Sala en su sentencia de 28 de abril de 2004 (recurso núm. 605/1999), en la que lo que se dilucidaba era la posibilidad de que el Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) pudiese cobrar un precio público por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, así como de rótulos y carteles. Esta Sala consideró que siendo patente que las portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular, ello excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público local. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración. Del mismo modo, ha de excluirse que se dé un aprovechamiento especial del dominio público, pues la instalación de portadas, escaparates y vitrinas, por llevarse a cabo en propiedad privada, no comporta un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial “del” dominio público, sino “desde” el dominio público. Este cambio preposicional es también conceptual, lo que priva de cobertura a la Ordenanza cuestionada.

«En el caso de instalación de cajeros automáticos que aquí nos ocupa, el supuesto es distinto, puesto que la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público, ya que el cajero no es susceptible de ser utilizado con su mera visión, sino que exige una parada física ante él para realizar las operaciones solicitadas, de manera que no solo se usa «desde» el dominio público sino también «en» el dominio público, aunque se encuentre materialmente empotrado en la pared del establecimiento bancario. Su instalación no es para ser visto, como en el caso de los escaparates, sino para ser utilizado» (9).

El argumento formulado resulta más que discutible, pues parece otorgar relevancia únicamente al hecho de que el usuario tenga una *participación activa* y no pasiva, tal como sucede con el aprovechamiento especial de carácter visual que se produce con el precio público (actualmente configurada como tasa) de portadas, escaparates y vitrinas.

En nuestra opinión, de acuerdo con la citada doctrina del Tribunal Supremo, cabría entender que la actual tasa por «portadas, escaparates y vitrinas» resulta ilegal por entender que en el citado supuesto no concurre el «aprovechamiento especial del dominio público» que resulta necesario para la configuración de la citada tasa, pues lo más de lo que podrá hablarse será de un «aprovechamiento especial desde el dominio público», pero no de «un aprovechamiento especial en el dominio público», haciéndonos eco del juego de palabras que emplea nuestro más Alto Tribunal. Siguiendo el razonamiento del Tribunal Supremo, nos cuestionamos verdaderamente si la afluencia masiva de personas para contemplar un espectáculo ubicado en el escaparate o en la fachada de un establecimiento privado (*v.gr.* cortilyandia) no llega a producir una «especial intensidad en su uso» (generando molestias para la colectividad) de acuerdo al art. 75 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales, o supone una «rentabilidad singular» de conformidad con el artículo 85 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, no concurre en este supuesto aprovechamiento especial del dominio público, lo que resulta más que discutible. Nótese que la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LRHL, suprimió el supuesto de tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local en los casos de instalación de anuncios no ubicados en terrenos de dominio público local, sino únicamente visibles desde el mismo (art. 20.3. s) *in fine*) LRHL (10). Por consiguiente, entendemos que habría que realizar una interpretación correctiva del actual apartado s) del artículo 20 TR. LRHL al objeto de que sea legal a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias de 28 de abril de 2004 (sobre la prestación pecuniaria propia de instalación de portadas, escaparates y vitrinas)

y de 12 de febrero y 22 de octubre de 2009 (sobre la tasa de cajeros automáticos), lo que lleva a entender que sólo se devengará el citado tributo cuando dichas portadas, escaparates y vitrinas se encuentren en suelo público.

2.3. Delimitación con el estacionamiento de personas para acceder a otros establecimientos comerciales

En algunas ocasiones, las entidades financieras recurrentes han comparado el aprovechamiento especial que se grava con ocasión de la utilización de los cajeros automáticos con el también estacionamiento de personas que se produce con ocasión del acceso a *pubs*, discotecas, espectáculos, a establecimientos comerciales, o en las paradas de los transportes. Sin embargo, los tribunales superiores de Justicia que han tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto siempre han rechazado dichas alegaciones, aunque debe reconocerse que sin demasiada motivación. Así, de entre las escasas sentencias favorecedoras de las pretensiones de las entidades financieras cabe citar las SSTSJ de Valencia de 17 de mayo de 2004 (JT 2005/1676) y de 26 de abril (JUR 2007/262000) y 27 de septiembre de 2007 (JUR 2008/5701) que anularon las ordenanzas fiscales de Elche, Oliva y Monóvar respectivamente por entender que no existía un aprovechamiento especial generador de la citada tasa. Sin embargo, respecto de la alegación de la existencia de otros supuestos similares de aprovechamientos especiales que no son igualmente gravados el Tribunal no resulta claro, al despachar el asunto aseverando que dicha comparación «cae por su propio peso», pero sin concretar en exceso dicha afirmación categórica. Así, concluye señalando que «no puede negarse que, en los supuestos de acumulación de individuos que pretenden acceder a *pubs*, espectáculos, establecimientos comerciales o transportes, por definición, son clientes potenciales cuyo acceso respectivo supondrá, desde luego, un beneficio para el oferente del servicio». Sorprende el Tribunal reconociendo que «las circunstancias descritas generan, siempre, una mayor concentración de personas, con la carga de uso del dominio público que ello conlleva, la mayor parte de las veces más consistente que la simple presencia de un ciudadano ante un cajero automático».

De forma más motivada se manifiesta la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 1991 al afirmar que

«la mera detención de peatones ante las taquillas de los locales de espectáculos no constituye aprovechamiento especial de la vía pública susceptible de cobranza de derechos y tasas y que la ordenanza que así lo establece carece de cobertura legal para exigirlo, ya que la adquisición de localidades desde la vía pública no excede de las actividades lícitas que se incluyen en el uso público común

general y normal de dichos bienes por los ciudadanos... ya que estas aglomeraciones de peatones se producen inevitablemente también a la entrada y salida de los espectáculos, en las paradas de los transportes, en las puertas de determinados comercios, entidades bancarias y oficinas privadas y públicas, ... cuya normalidad no pueda someterse a tributación sin desnaturalizar el concepto razonable de uso público». En esta línea, también se ha manifestado la sentencia de 27 de marzo de 2007 del Juzgado contencioso-administrativo de Valdepeñas al afirmar que «este aprovechamiento de la vía pública implica una mayor intensidad en el uso del suelo (criterio definitorio del uso común especial —art. 75.1º—) que se mide no por la puntual aglomeración de personas, circunstancia que también puede acontecer en determinados comercios o espectáculos, sino por el uso continuado, a todas las horas del día y todos los días del año, del servicio bancario y, por ende, de la vía pública, ni ante supuestos de ocupación duradera que no implica directa e inmediatamente actividad comercial y provecho para el comerciante (caso de los escaparates), sino ante la efectiva y material prestación directa y permanente de servicios bancarios a clientes, que implica un uso intensivo del suelo público por parte de éstos y provecho para la entidad financiera, justificando consecuentemente la imposición de la tasa. Se trata en definitiva de atender a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la intensidad del uso del dominio público, que servirán para deslindar en cada caso la procedencia del establecimiento de la tasa, y que justifican la procedencia del mismo cuando en casos como el de los cajeros automáticos en fachada lindera a la vía pública éste sea continuado y permanente en el tiempo y aproveche directa, inmediata y efectivamente al sujeto pasivo por ser ventajoso para su negocio al formar parte de su tráfico mercantil».

3. Delimitación negativa: ¿existe sujeción al tributo en los supuestos de cajeros automáticos localizados en el interior de la sucursal?

La cuestión, como hemos visto, resulta pacífica a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo cuando el cajero se encuentra ubicado en línea de fachada. Sin embargo, mayor problemática puede existir respecto de aquellos cajeros que estén encastrados en el interior de la sucursal, de tal forma que el suelo que ocupa el usuario sea propiedad de la entidad. Las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2005 (JUR 2005, 54426), de 30 de marzo de 2007 (JUR 2008/86736), de Madrid de 20 de julio de 2007 (JUR 2008/86736), y de Cataluña de 25 de abril de 2005 (JT 2006, 131), de 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008/20455), y de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 180893), entre otras, realizan precisamente dicha delimitación a efectos de la sujeción o no de la citada tasa. Efectivamente como advierte la última sentencia del TSJ de Cataluña, «si no es necesaria

la ocupación del dominio público para el manejo del aparato no cabe girar la tasa, pues el cajero no estará instalado en la fachada (o, en los términos de la Ordenanza aquí impugnada, no dará directamente a la vía pública), sino retirado o retranqueado de ella en la media necesaria para hacer innecesaria la ocupación». Por consiguiente, la situación del cajero en la fachada o en el interior de la sucursal marcará la sujeción o no a la tasa, empleándose en estos casos el informe pericial como medio habitual de prueba válido en Derecho (11). A esta conclusión llegó la STSJ de Madrid de 20 de julio de 2007 (JUR 2008/193131) para declarar la no sujeción la tasa al encontrarse el cajero automático situado en el interior de la sucursal. En efecto, «existe una diferencia apreciable que debe influir en la decisión del litigio y es que, tal como alega la parte actora y acreditan las fotografías que aportó con el escrito de interposición del recurso y que obran en el expediente administrativo, así como el dictamen del arquitecto técnico D. José Pablo que también aportó con dicho escrito, el cajero automático situado en la calle Leganés n.º 25 de Fuenlabrada, que pertenece a la entidad actora, no está alineado con la calle Leganés en la fachada del edificio, sino que está retirado hacia el interior, integrado dentro del espacio perteneciente a la oficina bancaria, de tal forma que, para su utilización, no es necesario permanecer dentro de la vía pública, ya que el espacio entre el frente del cajero y la acera pública es de 60 cm. Con lo que una persona puede operar en dicho espacio sin necesidad de permanecer en la vía pública».

IV. SUJETOS PASIVOS

1. Contribuyente

De acuerdo al artículo 23 TR. LRHL, son «sujetos pasivos de la tasa, en concepto de «contribuyente», las personas físicas y jurídicas, así como las entidades en atribución de rentas a que se refiere el artículo 35.4 LGT:

a) Que disfruten, utilicen o *aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular*, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.3 de esta Ley».

Así las cosas, cabe entender que serán las entidades financieras (personas jurídicas) las que se aprovecharán especialmente del dominio público con motivo de la instalación del cajero automático en la fachada colindante con la vía pública. Las ordenanzas fiscales específicas reguladoras de la tasa por instalación de cajeros automáticos han previsto aquellos supuestos en los que el administrado no solicite la licencia de instalación señalando a estos efectos que, con o sin solicitud de licencia, el contribuyente de la tasa será la entidad financiera titular del cajero automático. En efecto, los artículos

3 de la Ordenanza fiscal de Alcalá de Henares y de Ciudad Real, en términos idénticos, prescriben que «son sujetos pasivos de esta tasa las personas físicas o jurídicas y las entidades que se señalan en el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria a cuyo favor se otorguen las licencias o quienes se beneficien del aprovechamiento, si se procedió sin la oportuna autorización y en cualquier caso, la entidad financiera titular del cajero automático». Por consiguiente, parece desprenderse de la redacción del precepto que el sujeto pasivo a título de contribuyente de la tasa será, en todo caso, la entidad financiera titular del cajero automático, con independencia de que haya o no solicitado la licencia, en cuanto se beneficia del aprovechamiento especial del dominio público.

2. Sustituto

Estas mismas ordenanzas de Alcalá de Henares y Ciudad Real introducen como «sustituto» del contribuyente a los propietarios de los edificios o locales donde se ubiquen los aparatos o cajeros objeto de esta tasa, lo que resulta criticable. La normativa local parece referirse a aquellos supuestos en los que el local donde está ubicado el cajero no es propiedad de la entidad financiera, sino que está arrendado a un tercero. Debe señalarse que dicho supuesto podría tener cobertura legal de acuerdo con el artículo 23.2. TR. LRHL, que señala que «tendrán la condición de sustitutos del contribuyente: a) en las tasas establecidas por razón de servicios o actividades *que beneficien o afecten a los ocupantes de viviendas o locales, los propietarios de dichos inmuebles, quienes podrán repercutir, en su caso, las cuotas sobre los respectivos beneficiarios*». Ahora bien, entendemos que en el supuesto de la tasa por utilización de cajeros la figura de sustituto, con el consiguiente efecto de desplazamiento del contribuyente, resulta desproporcionada, máxime cuando el propietario no obtiene ningún beneficio económico con dicha instalación.

3. ¿Debe la entidad local exigir el tributo al usuario del cajero como «beneficiario» del servicio prestado por la entidad financiera?

En el anterior epígrafe nos hemos referido a la posibilidad de que la ordenanza califique como sustituto al propietario del local sobre el que se encuentra instalado el cajero automático. Con el fin de impugnar la tasa de cajeros liquidada por los ayuntamientos, algunas entidades financieras han cuestionado la legitimidad de dicha prestación pecuniaria invitando a las corporaciones locales a exigírselo a los usuarios del cajero, por entender que son los sujetos especialmente beneficiados por el uso de estos equipos automatizados. Incluso se ha alegado (aunque por ahora con

poco éxito) por las entidades financieras que han de ser los clientes de la sucursal los sujetos pasivos del tributo en cuanto que son, a fin de cuentas, los que ocupan físicamente la vía pública como usuarios del cajero. Las SSTS. de 12 de febrero y 22 octubre de 2009 citadas, así como la STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2005 (JT 2006, 131) defienden la exigencia de la tasa a las entidades financieras, pues «tratándose de un servicio financiero al cliente de que el Banco obtiene el consiguiente provecho o ventaja al ampliar notablemente su actividad mercantil, la contraprestación pecuniaria representada por la tasa debe exigírsele a los Bancos o cajas de ahorro ya que son éstos los que resultan beneficiados por las operaciones que se realizan en el cajero y/o de los servicios que el mismo presta a los usuarios, al ser en la vía pública donde se presta dicho servicio».

En nuestra opinión, efectivamente esta posibilidad de exigirse al usuario del cajero debe descartarse en cuanto que la normativa no contempla una figura de repercusión para este supuesto, y el art. 23.2 d) TR. LRHL sólo establece una figura de sustituto para los aprovechamientos especiales de dominio público para el supuesto de la tasa por entrada de vehículos o carruajes. Además, parece evidente que la entidad financiera sí se «aprovecha especialmente de la existencia de la vía pública» en los términos que contempla el artículo 23.1.a) del citado cuerpo legal para ser merecedora de la condición de contribuyente del tributo. En efecto, como sostienen las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007/82974), y de Madrid de 27 de abril de 2007 (JUR 2008/120404), de 2 de octubre de 2007 (JUR 2008/22748) y de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107532), de acuerdo con «una idea unitaria del servicio de cajero, *la prestación del servicio es del banco para con el cliente, y de todos cuyos elementos, incluido el espacio, se sirve el banco para realzar su prestación*».

Con más contundencia si cabe se ha pronunciado el TSJ de Extremadura en la sentencia de 29 de marzo de 2006 (JUR 2006, 151068) al afirmar que «admitida la finalidad de estas instalaciones, sería tanto como pretender que fueran los clientes los que pagasen el mobiliario con el que la entidad atiende a sus clientes de forma ordinaria; o que los usuarios de mesas en una terraza—supuesto típico de tasa— fuesen los que pagasen la tasa. Y es que quien realmente se beneficia de la instalación del cajero, usando la vía pública como sustituto de sus oficinas, es la propia entidad instaladora permitiendo ofrecer un servicio financiero que no es gratuito y ampliando notablemente, como es notorio, su actividad mercantil; de tal forma que quien se beneficia de esa instalación en la vía pública y, por ello, la condición de sujeto pasivo, debe ser la misma entidad propietaria de la instalación» (12).

V. CUANTIFICACIÓN

1. Los sistemas empleados para valorar la utilidad derivada del uso de dominio público

El art. 24.a) TR. LRHL establece que el importe de las tasas derivadas del aprovechamiento especial del dominio público se fijará, con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicho aprovechamiento especial. Podemos precisamente destacar dos tipos de sistemas que han utilizado las corporaciones locales que han implantado dicha tasa a los efectos de valorar la utilidad derivada del uso de dominio público. Uno más simple basado en cuotas fijas y otro algo más complejo, pero más justo, en el que se aplican cuotas variables en función de la ubicación del cajero en las distintas calles de la población.

1.1. Cuotas fijas

Las ordenanzas fiscales suelen calcular la cuota diaria en función del valor base de mercado por metro cuadrado afectado, y en función de un tanto por ciento del aprovechamiento especial. Debe observarse que dicha cuota se multiplica por 365 al funcionar los cajeros 24 horas los 365 días al año.

Siguen este sistema ayuntamientos como Alcobendas (365,05 euros), Pozuelo de Alarcón (400 euros), y Burgos (442,24 euros).

1.2. Cuotas variables

Las cuotas variables suelen conformarse aplicando a la tarifa un coeficiente gradual que oscila desde un mínimo que generalmente es de 1 (para aquellas calles menos transitadas) hasta un máximo de 1,5 para las de primera categoría. Aplican este sistema, entre otros, los municipios de Ciudad Real, Las Rozas, Alcalá de Henares, Móstoles, Sevilla, Palma de Mallorca y Valdepeñas.

2. La legitimidad del sistema de cálculo a través del pronunciamiento de los tribunales

Los tribunales se han posicionado a favor de la legitimidad respecto a la utilización por las corporaciones locales de estos sistemas de cálculo para valorar el precio de mercado del aprovechamiento especial del dominio público. Por un lado, respecto de las cuotas variables, en cuanto que los ayuntamientos realizan una clasificación de las calles en las que están ubicados los cajeros, estableciéndose una tarifa distinta en función de la categoría de las vías públicas. En este sentido se

ha manifestado la STSJ de Madrid de 3 de julio de 2008 (JUR 2008/292663), al afirmar que «el importe de la tasa quedó fijado tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de tal aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público. Así, la cuantía de las tarifas se ha obtenido relacionando el valor del suelo, determinado conforme a las ponencias elaboradas por la Dirección General del Catastro, con el aprovechamiento concreto, diferenciando las distintas zonas del municipio con la aplicación de los índices de situación fijados en el Impuesto sobre Actividades Económicas, obteniendo un valor anual por metro cuadrado que, dividido entre los 365 días del año natural, resulta un aprovechamiento por metro cuadrado y día de superficie ocupada. Esta relación y cuantificación —concluye el Tribunal— no ha sido desvirtuada en ningún momento por prueba alguna aportada o practicada por la parte recurrente, por lo que no cabe hablar de improcedencia de la cuantía de la misma».

En otras ocasiones, este mismo Tribunal (SSTSJ de Madrid de 22 de julio —JUR 2008/383542— y 9 de octubre de 2008 —JUR 2009/93147—, así como de 30 de diciembre de 2009 —JUR 2010/107532—) ha desestimado las alegaciones presentadas por las entidades financieras denunciando el importe muy superior que se liquida por la ubicación de cajeros frente al que se exige a las cabinas fotográficas, máquinas de fotocopias u otras similares, afirmando que constituyen formulaciones en abstracto carentes de toda concreción o de razonamiento específico alguno del que pueda desprenderse arbitrariedad en su cuantificación con relación a las exigencias legales al respecto.

Por otro lado, en cuanto a las cuotas fijas, tampoco los tribunales han sido receptivos, invitando a las entidades financieras a que acrediten que existe un sistema empleado más racional que el utilizado actualmente por los bancos. En efecto, «porque utilizar el criterio de la rentabilidad media anual —de donde se obtuvieron los 432 euros anuales de cuota— como valor equivalente al de mercado en cuanto a su utilidad no deviene en caprichoso o arbitrario, porque no se ha ofrecido una alternativa más razonable» (STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2005 —JUR 2005/54426—).

Sin embargo, cuando se han alegado en alguna ocasión por las entidades financieras criterios alternativos para cuantificar el aprovechamiento especial, el tribunal jurisdiccional los ha rechazado. Así ha sucedido con el TSJ de Baleares respecto a la valoración de dicho aprovechamiento especial en base al interés legal del dinero sobre el precio del metro cuadrado. En efecto, respecto de la cuota fija exigida por la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Pollença, sostiene este tribunal, en la sentencia de 16 de febrero de 2010 (JUR 2010/146646)

que «pretender que la rentabilidad por el aprovechamiento especial de ese dominio público se compute solamente a razón del interés legal del dinero sobre el precio medio del metro cuadrado, resulta contrario a la lógica». Por su interés reproducimos la parte más interesante del fundamento jurídico cuarto:

Pero en este caso, el estudio económico financiero existe y consta en el expediente administrativo y ello es aceptado por todas las partes. Ese estudio detalladamente explica el valor promedio del metro cuadrado del suelo en esa localidad, así como cuantifica la rentabilidad del aprovechamiento especial que se fija en un 2 por 100 del valor de mercado de la unidad lo cual concluye en que el importe de ese rendimiento sea de 2,28 euros/día.

Así las cosas la ordenanza cumple con el principio que rige el ordenamiento tributario que se relaciona con la equivalencia entre el coste del servicio o la utilización del dominio público.

En efecto, con esa justificación y detalle puede el administrado demostrar lo irrazonable de esas cuantías, tanto del valor promedio metro cuadrado fijado por el Ayuntamiento de Pollença, 113,58 euros, como que el rendimiento por la intensidad del uso del cajero no pueda ser un 2 por 100 del valor de mercado de la unidad de aprovechamiento en una superficie de un metro cuadrado, o sea, 2,28 euros por día. Y estando los cajeros automáticos operativos los 365 días del año y las 24 horas del día, la cantidad resultante incluso excede de los 800 euros anuales a que asciende la tasa girada, pero la Administración gira únicamente el importe de 800 euros.

Así, teniendo la Administración la carga del hecho imponible tal y como recoge la Sentencia del TS de 14 de diciembre de 1999 según la cual es el ayuntamiento quien ha de asumir y pechar con la demostración y acreditación de la existencia y elementos del hecho imponible y de los datos necesarios y precisos para determinar la magnitud económica de la base imponible de la tasa, no sólo porque está a su cargo, por mor del principio de legalidad tributaria, el probar la concurrencia de los presupuestos legales que legitiman la exacción del tributo (elementos esenciales del hecho imponible y datos cuantificadores de la base imponible) sino también en razón al criterio aplicativo de que el «onus probandi» debe ser soportado por quien, por su posición, función y potestad de comprobación y de resolución, dispone o tiene «más facilidad» para asumirlo y desarrollarlo con la suficiente y necesaria objetividad, la sala concluye que en el estudio económico aportado, se cumplen todos esos requisitos.

Y ello hace que se desplace sobre la parte impugnante la carga probatoria de acreditar lo erróneo o injustificado de tales importes. Y ninguna prueba ha hecho la parte recurrente sobre este particular.

La utilización masiva por el público de los cajeros es un hecho notorio y conocido, realizándose a través de esos operadores mecánicos multitud de operaciones bancarias diariamente que pueden producir pingües beneficios a la entidad bancaria titular de aquel cajero. La intensidad del aprovechamiento especial que se hace del dominio público, sobre las 24 horas de los 365 días del año, fijada en un importe de 2,24 euros diarios, la Sala considera que no resulta desproporcionada si atendemos a la cantidad de operaciones que diariamente se practican en esas terminales mecánicas. Y por otro lado, la renta de un espacio de un metro cuadrado que permita operar 24 horas al día durante 365 días del año la parte recurrente no ha probado que pudiera ser inferior a 2,28 euros diarios en un municipio turístico como el de Pollença con una población de 15.000 habitantes y con una población turística flotante importantísima en los períodos de alta vacacional.

Por el contrario, el mismo TSJ de Baleares, en la sentencia de 17 de noviembre de 2009 (JUR 2010/18344), declaró nula la ordenanza fiscal del ayuntamiento de Palma de Mallorca por no recogerse claramente en la memoria económico-financiera el valor de mercado de dicho aprovechamiento especial de dominio público. Como sostiene el TSJ de Baleares, «sólo a raíz de completarse el expediente, en el informe de 10 de noviembre de 2005, es posible conocer de dónde se extrae el valor base del suelo que constituye uno de los parámetros que sirven para el establecimiento de la tarifa, sin que se haga ni en este informe ni en el que obra en el folio 9 del expediente la más mínima referencia o consideración al por qué de la utilización del resto de parámetros o criterios de cuantificación, o a su correspondencia con el valor de mercado del aprovechamiento. Por ello debe concluirse que el informe posterior de 10 de noviembre no puede suplir la insuficiencia del estudio técnico-económico de 14 de octubre de 2004, con lo que se produce la nulidad del acto impugnado al haberse omitido un trámite esencial del procedimiento que la jurisprudencia conecta con la necesaria motivación del acto administrativo». En todo caso, debe subrayarse que en la citada sentencia el tribunal declaró nula la ordenanza por no contener la memoria económico-financiera las operaciones necesarias para determinar el valor de mercado del aprovechamiento especial de dominio público, pero no porque la valoración en sí fuera desproporcionada o arbitraria.

VI. GESTIÓN TRIBUTARIA

La gestión de la tasa no plantea una gran complejidad. El alta en el censo se producirá a través de la solicitud de licencia para la instalación del cajero. La solicitud conllevará la realización de un depósito previo, convirtiéndose en definitivo al concederse ésta (artículo 26.1.a) TR LRHL). Los sucesivos ejercicios puede pro-

cederse a la gestión del tributo a través de una liquidación periódica por recibo o padrón. La presentación de la baja surtirá efectos a partir del primer día del trimestre natural siguiente al de la retirada del cajero. Por otro lado, cabe el alta en el padrón también a través de una regularización tributaria practicada a través de la inspección. Nos encontraremos en este caso ante un supuesto de descubrimiento de hechos imponible no declarados y que afloran a través de la importante labor que realiza el cuerpo de inspectores locales. La ocultación del hecho imponible dará lugar en todo caso a la imposición de sanciones urbanísticas (por el incumplimiento de la obligación de solicitud de la licencia) y tributarias (con ocasión del incumplimiento de la liquidación de la tasa de licencias urbanísticas). Asimismo, se procederá a la regularización tributaria también respecto de la liquidación de la tasa por la utilización del cajero automático respecto de los años no prescritos).

1. Período impositivo

Al tratarse de un tributo periódico, su período impositivo se extenderá al año natural (del 1 de enero al 31 de diciembre). No obstante, cabe la posibilidad de períodos impositivos cortos a través del alta o la baja en el censo, con el consiguiente derecho al prorrateo de la cuota en función del número de trimestres. En el caso de la baja habiéndose pagado el recibo, cabrá el derecho a la devolución de deudas tributarias.

2. Devengo

De acuerdo con el artículo 26 TR. LRHL, el devengo o nacimiento de la obligación tributaria se producirá cuando se inicie el aprovechamiento especial de dominio público. Con buen criterio, la STSJ de Madrid de 27 de abril de 2007 (JUR 2008/120404) y de 2 de junio de 2010 (JUR 2010/298033) ha declarado que el devengo del tributo se produce con independencia de que la entidad financiera haya solicitado la licencia de instalación del cajero. Asimismo, cabe afirmar que es indiferente que se utilice o no el servicio a efectos del devengo del tributo. En consecuencia, no tendrá relevancia jurídica que la entidad financiera aporte prueba de que no se utiliza con frecuencia el cajero o que no resulta operativo.

VII. EL FUTURO DE LA TASA

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo (hasta la fecha en tres ocasiones) a favor de la validez de este tributo no admiten discusión sobre la legitimidad por parte de los ayuntamientos de exigir tasas a las entidades financieras por la instalación de cajeros automáticos en la fachadas colindantes a la vía pública (*vid. las*

SSTS citadas de 12 de febrero y 22 de octubre de 2009). No obstante, dicha problemática contiene numerosas aristas que en nuestra opinión no quedan resueltas con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que nos invita a la reflexión.

Por un lado, entendemos que aquellas ordenanzas que omitan cualquier referencia expresa al hecho imponible concreto de esta tasa, limitándose únicamente a regular sus tarifas específicas podrían ser impugnadas por ausencia de tipificación en cuanto que falta uno de sus elementos esenciales, como es el derivado del presupuesto de hecho generador del tributo.

En efecto, a esta conclusión parece llegar la STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 7 de junio de 2005 (JUR 2005/195130) al estimar el recurso de apelación interpuesto por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra frente al Ayuntamiento de Pamplona. Como apunta el citado tribunal, «lo que el epígrafe referido hace es establecer la tarifa aplicable a cada cajero en función de su ubicación en la ciudad. Pero es evidente que previamente a esta tarificación debe la ordenanza recoger como hecho imponible o hecho sujeto a la tasa la instalación o existencia de tales cajeros, cosa que no hace pues tal hecho no aparece entre los que el artículo 2º relaciona como «hecho imponible» Ciertamente tal relación parece tener un carácter ejemplificativo, no exhaustivo de los supuestos que se sujetan a la tasa pues literalmente se dice que «constituye el hecho imponible, las utilizaciones privativas o aprovechamientos especiales del dominio público local, en suelo, vuelo y subvuelo tales como: (...) “siguiendo una relación de 13 supuestos entre los que se recoge (apartado i)” portadas, escaparates y vitrinas» que es lo que mayor similitud presenta, nos parece, con los cajeros y que podría permitir entender comprendidos a éstos entre aquéllos si no fuera porque, no siendo exactamente lo mismo, la analogía no está permitida en cuanto a la descripción de hecho imponible, según hemos visto. (...) En definitiva, que lo correcto es que el Ayuntamiento tipifique de forma clara y precisa el hecho que va a ser objeto de la tasa. Después fije las tarifas que proceda y luego haga el censo de cajeros existentes. Lo contrario, como vulgarmente se dice, es poner el carro antes que los bueyes. No es correcto hacer una relación censal de las entidades que deben pagar la tasa, cuando tal hecho no se ha tipificado de forma clara y precisa como hecho sujeto al pago de un gravamen».

Así las cosas, consideramos que bajo el paraguas de la referencia genérica al devengo de tasas por aprovechamientos especiales de dominio público no resulta posible exigir esta prestación pecuniaria, aunque exista cobertura legal a través del marco normativo de carácter general que establece el TR. LRHL, tal como hemos visto que es doctrina pacífica por parte de los TSJ de las comunida-

des autónomas. En todo caso, entendemos que este defecto es fácilmente subsanable tipificando expresamente en la ordenanza reguladora general que grave los aprovechamientos especiales de dominio público el supuesto específico de utilización de cajeros automáticos.

Por otro lado, como venimos señalando, debe entenderse que cuando el cajero esté ubicado no en línea de fachada con la calle, sino en el mismo interior de la sucursal, no cabe exigir dicha tasa en cuanto que no existirá el hecho generador del que trae causa el tributo, es decir, el aprovechamiento especial del dominio público (13). Entendemos precisamente que ésta es la única arma con que cuentan las entidades financieras para «eludir la realización del hecho imponible» a través de lo que sería un ejercicio legítimo de una economía de opción. Así las cosas, no resulta descartable que las entidades financieras realicen las obras oportunas necesarias para ubicar el cajero completamente en el interior de la sucursal, o bien fuera de ésta pero encastrado en posición oblicua (y no en paralelo a la fachada) a fin de que el usuario en ningún momento se posicione en la vía pública durante el tiempo de ejecución de las operaciones electrónicas. Nos consta que esta práctica no es inusual, pues existe ya al menos una entidad financiera que, con carácter general, ya ubica sus cajeros automáticos en sentido oblicuo a la fachada colindante a la vía pública lo que entendemos no podrá en ningún caso devengar dicha prestación pecuniaria. La ubicación de los cajeros en sentido oblicuo a la vía pública, o en el interior de la sucursal, ya ha tenido su validación a través del TSJ de Madrid, en sentencia de 20 de julio de 2007 (JUR 2008/193131), que estimó el recurso de apelación presentado por la Caixa, revocando la sentencia del Juzgado de lo Contencioso por entender que «existía una diferencia apreciable que debe influir en la decisión del litigio y es que, tal como alega la parte actora y acreditan las fotografías que aportó con el escrito de interposición del recurso y que obran en el expediente administrativo, así como el dictamen del arquitecto técnico que también aportó con dicho escrito, el cajero automático situado en la calle Leganés 25 de Fuenlabrada, que pertenece a la entidad actora, no está alineado con la calle Leganés en la fachada del edificio sino que está retirado hacia el interior, integrado dentro del espacio perteneciente a la oficina bancaria, de tal forma que, para su utilización, no es necesario permanecer dentro de la vía pública, ya que el espacio entre el frente del cajero y la acera pública es de 60 cm. Con lo que una persona puede operar en dicho espacio sin necesidad de permanecer en la vía pública. La consecuencia de ello es que si no hay utilización o aprovechamiento especial de la vía pública no se produce el hecho imponible regulado por el artículo 1 de la Ordenanza fiscal de la tasa y en definitiva, que la liquidación girada a la parte actora deba ser anulada al carecer de sustento normativo alguno».

Además, la ausencia o insuficiencia de memoria económico-financiera que recoja expresamente cuál es el cálculo al que llega la corporación local para fijar el valor de mercado que tendría el aprovechamiento especial del bien si no fuese de dominio público es causa de nulidad de pleno derecho de la ordenanza de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 8 de marzo de 2002 —RJ 2002, 4166—; de 14 de abril de 2001 —RJ 2001, 5339— y de 21 de marzo de 2007 —RJ 2007, 4597—). En esta última se señala expresamente que «la motivación es una exigencia constitucional impuesta por los artículos 9 y 103 CE», lo que le sirve de base para afirmar que «parece evidente que la modificación de las ordenanzas de referencia sin un estudio económico financiero emitido por un funcionario competente, con justificaciones y razonamientos que expliquen y justifiquen el importe de las tarifas incrementadas, supone una evidente infracción de dicho principio; impide a los interesados conocer y valorar los incrementos; e impide a los Tribunales ejercer un control jurisdiccional sobre la actividad administrativa», añadiendo que «parece igualmente evidente que la Administración municipal con amplias facultades y autonomía para fijar sus tasas y tributos, no puede limitarse a su fijación sin razonamiento, estudio ni justificación alguna, ni mucho menos pretender cumplir con tan fundamental requisito con la presentación de un “estudio de costes” que ni aparece firmado, ni identificado su autor, ni contiene razonamiento ni explicación alguna que justifique el importe de los incrementos pretendidos y aprobados».

Por último, el pronunciamiento reciente del Tribunal Supremo despeja las dudas sobre la validez de un tributo que grava la utilización de este tipo de servidores automáticos, lo que puede producir el denominado «efecto dominó» sobre otras corporaciones locales que hasta la fecha no recogían una tasa de este tipo en sus ordenanzas. Así las cosas, los municipios de Granada, Madrid, Valencia, Bilbao, A Coruña, San Sebastián y Barcelona podrían verse tentados a introducir esta tasa en su normativa tributaria para sanear sus arcas públicas. Por otro lado, se abre una puerta para que los ayuntamientos que ya exigían estas tasas liquiden otras nuevas derivadas del aprovechamiento especial del dominio público que se produce por la existencia de otras máquinas expendedoras (por ejemplo de bebidas refrescantes y productos de *snacks*), así como aquellas que traigan origen de la existencia de taquillas para la venta de entradas en espectáculos públicos u acontecimientos deportivos y culturales.

VIII. CONCLUSIONES

El Tribunal Supremo, en tres sentencias recientes de 12 de febrero y de 22 de octubre de 2009, se ha pronunciado a favor de la legitimidad de la tasa por la utili-

zación de cajeros automáticos. Así pues, la jurisprudencia es clara sobre la validez de las liquidaciones que giran las corporaciones locales a las entidades financieras con motivo del aprovechamiento especial de dominio público que se produce con ocasión de la utilización de estos servidores automatizados por los clientes.

Ante esta doctrina jurisprudencial consolidada, cabe sin embargo cuestionar en nuestra opinión aquellas ordenanzas que recogen las tarifas reguladoras de dicha tasa pero sin especificar cuál es el presupuesto de hecho a través del cual se exige a las entidades financieras dicho tributo. A esta conclusión ha llegado precisamente la STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 7 de junio de 2005.

Por otro lado, de acuerdo con esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe afirmar que cuando el cajero se encuentre ubicado en el interior de la entidad financiera o encastrado en sentido oblicuo a la fachada colindante con la vía pública no existe sujeción a la citada tasa (en este sentido, la STSJ de Madrid de 20 de julio de 2007), lo que puede constituir un «efecto anuncio» para navegantes a fin de que se realicen las oportunas obras en las sucursales a fin de eludir legítimamente la realización del hecho imponible.

Por último, también esta doctrina del Alto Tribunal habilita a los ayuntamientos a que puedan exigir tasas en otros supuestos de máquinas expendedoras (*v.gr.* de bebidas refrescantes) o por la existencia de taquillas para la venta de entradas en espectáculos públicos u acontecimientos deportivos y culturales.

NOTAS

(1) Tal vez este hecho se deba a que no nos consta por parte de la FEMP un modelo de ordenanza fiscal para la exigencia de esta prestación tributaria, tal como sí ha existido respecto de otras tasas como la de telefonía móvil, o la de aprovechamientos especiales y utilización privativa constituidos en el suelo, subsuelo y vuelo a favor de las empresas explotadoras de servicios de suministros.

(2) El término de «instalación» puede resultar conflictivo, ya que por su naturaleza debería generar una única liquidación de devengo instantáneo y no periódica.

(3) Para RUIZ GARIJO (2002: 185 y ss.), la aplicación de un sistema de cuantificación de las tasas de acuerdo con bases imponibles impositivas resulta objeto de crítica en cuanto que produce una desnaturalización de la figura de la tasa, acercándola al impuesto y separándola del efectivo servicio administrativo prestado o del aprovechamiento realizado.

(4) El Tribunal Constitucional, en la STC. 233/1999, de 13 de diciembre, ha declarado la flexibilidad del principio de legalidad en la esfera local al afirmar que «en la STC. 37/1981 (FJ 4º) habíamos aludido a la especial flexibilidad de la reserva de ley tributaria cuando de trata de las tasas (...) Desde estas premisas, resulta admisible una mayor intervención de la potestad de la ordenanza (o reglamentaria, aclaramos nosotros) en aquellos ingresos, como las tasas que aquí se recurren, en los que se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmá-

tico que no se aprecia en otras figuras impositivas. Establecido lo anterior, hay que aclarar, no obstante, que la mayor flexibilidad de la reserva de ley tributaria respecto de las tasas —en general, respecto de todas las prestaciones patrimoniales de carácter público a que se refiere el artículo 31 CE— no opera de la misma manera en relación con cada uno de los elementos esenciales del tributo (...). Hemos dicho en la tantas veces citada STC 185/1995 que en el caso de las prestaciones patrimoniales de carácter público que se satisfacen por la prestación de un servicio o actividad administrativa, la colaboración del reglamento puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías —estrechamente relacionadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades— y de otros elementos de la prestación dependientes de las específicas circunstancias de los distintos tipos de servicios y actividades. En cambio, esta especial intensidad no puede predicarse de la creación 'ex novo' de dichas prestaciones». En consecuencia, concluye la citada sentencia, «el sentido que hay que reconocer en la reserva introducida por el artículo 31.1 CE no puede entenderse desligado de las condiciones propias del sistema de autonomías territoriales que la Constitución consagra (art. 137) y específicamente —en el presente proceso— de la garantía constitucional de la autonomía de los municipios (art. 140) (...). De lo expuesto cabe concluir que, en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal, es preciso que la ley estatal atribuya a los acuerdos dictados por éste (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza) un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del municipio, entre los cuales se encuentran las tasas».

(5) Nótese que el artículo 31.3 CE prescribe que «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley».

(6) De acuerdo con el artículo 26 LBRL:

«1. Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los Municipios:

Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además:

Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además:

Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además:

Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente».

(7) Sin ánimo de exhaustividad, *vid.* las SSTSJ de Madrid de 6 de febrero de 2004 (JT 2004/1212), de 16 de enero de 2004 (JUR 2004/222534), de 1 de abril de 2005 (JT 2005, 1146), de 17 de diciembre de 2005 (JT 2005, 389), de 11 de enero de 2007 (JT 2007, 1529), de 12 de enero de 2007 (JT 2007/1529), de 27 de marzo de 2007 (JT 2008/307), de 26 de abril de 2007 (JUR 2008, 120404), de 27 de abril de 2007 (JUR 2008/120404), de 11 de mayo (JUR 2008, 129003), y de 25 de mayo de 2007 (JUR 2008, 140275), de 26 de junio de 2007 (JT 2008, 310 y JUR 2008, 140081), de 20 de julio de 2007 (JUR 2008/193131), de 6 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 6945), de 2 de octubre (JUR 2008, 22748 y JUR 2008, 5208), y de 26 de octubre de 2007 (JUR 2008, 21304), de 11 de diciembre (JUR 2008, 118162) y de

28 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 126161), de 10 de enero de 2008 (JT 2008, 359), de 7 de febrero de 2008 (JUR 2008, 123046), de 6 de marzo (JUR 2008, 198665), de 11 de abril de 2008 (JUR 2008, 234497), de 29 de mayo de 2008 (JUR 2008, 284181), de 5 de junio (JUR 2008/283997), de 26 junio de 2008 (JUR 2008, 293362), de 3 de julio (JUR 2008, 292663), de 10 de julio (JUR 2008, 291791), de 15 de julio (JUR 2008, 291337), de 22 de julio de 2008 (JUR 2008, 383542), de 9 de octubre (JUR 2009, 93147), y de 21 de octubre de 2008 (JUR 2009, 50914), de 4 de diciembre (JUR 2009, 89238 y 89345), y de 18 de diciembre de 2008 (2009, 431), de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107532); y de la Comunidad de Castilla y León de 13 de octubre de 2006 (JUR 2006, 247798); del TSJ. de Castilla-La Mancha de 3 de enero (JUR 2005/27973) y 17 de enero de 2005 (JUR 2005/37944), y de 8 de febrero de 2005 (JUR 2005/54426); y del TSJ. de Cataluña de 7 de julio de 2000 (JT 2000/1296) y de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/180893).

(8) Como sostiene CHECA GONZÁLEZ (2007), «la misma finalidad de esos cajeros, ya no sólo reducidos a la obtención de efectivo, aunque sí precisamente, hace de ellos auténticas oficinas de urgencia de las entidades financieras en horas fuera de apertura de éstas, con la manifiesta intensidad de uso del dominio público y, cuando menos, con una intensidad superior a lo que sería el uso «general» que es precisamente lo que caracteriza el uso especial que el tributo grava».

(9) En esta misma línea se han pronunciado las SSTSJ de Madrid de 13 de mayo de 2005 (JT 2005/1152); de 12 de enero (JT 2007/1529), de 27 de abril (JUR 2008/120404), de 11 (JUR 2008/129003) y 25 de mayo (JUR 2008/140275), de 26 de junio (JT 2008/310 y JUR 2008/293362), de 6 de septiembre (JUR 2008/6945), de 2 y 26 de octubre (JUR 2008/22748; JUR 2008/5208 y JUR 2008/21304), y 11 (JUR 2008/118162), 18 (JT 2009/431) y 28 de diciembre de 2007 (JUR 2008/126161); de 10 de enero (JT 2008/359), de 7 de febrero (JUR 2008/123046), de 22 de julio (JUR 2008/383542) y 18 de diciembre de 2008 (JT 2009/431) y 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107532); y del TSJ de Murcia de 10 de julio de 2009 (JUR 2009/351569).

(10) Así las cosas, la redacción originaria del apartado s) del artículo 20.3 de la derogada Ley 39/1988, de 28 de diciembre, era la siguiente: «Instalación de anuncios ocupando terrenos de dominio público local o visibles desde carreteras, caminos vecinales, y demás vías públicas locales».

(11) De este medio de prueba se sirvió la STSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008/20455) para evaluar si existía aprovechamiento especial o no del dominio público.

(12) En esta misma línea, *vid.* las SSTSJ de Madrid de 26 de enero (JT 2004, 1213), y de 31 de mayo de 2004 (JUR 2004, 272201) y de 1 de abril de 2005 (JT 2005, 1146), y de 7 de diciembre de 2005 (JT 2005, 389); del TSJ de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2004 (JUR 2004/264259), y de 17 de enero (JUR 2005, 37928) y de 8 de febrero de 2005 (JUR 2005, 54426); de Castilla y León de 22 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 247834); de Extremadura de 29 de marzo de 2006 (JUR 2006, 151068); y de Cataluña de 25 de abril de 2005 (JT 2006, 131), de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 45259), y de 25 de abril de 2006 (JT 2006, 131).

(13) *Vid.* Entre otras, las SSTSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008/20455) y de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 180893); de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2007 (JUR 2008/86736) y del TSJ Madrid de 20 de julio de 2007 (JUR 2008, 193131).

BIBLIOGRAFÍA

CHECA GONZÁLEZ, C. (2007), «Exigencia de tasas por el aprovechamiento especial del dominio público a los cajeros automáticos, instalados en las fachadas de las entidades financieras, utilizables desde la vía pública», *Jurisprudencia Tributaria*, n.º 35.

— (2009), «Tasas por el aprovechamiento especial del dominio público y cajeros automáticos de las entidades financieras utilizables desde la vía pública», *Quincena Fiscal*, n.º 15-16: 101 y siguientes.

CHICO DE LA CÁMARA, P. (2009), «Las tasas: cuestiones problemáticas», *Revista Tributos Locales*, n.º 86.

GOMAR, J.I., y HERRERA, P.M. (2006), «Las tasas», en la obra colectiva *Tributos locales y autonómicos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.

ORTÍZ CALLE, E., y ZORNOZA PÉREZ, J. (2010), «Tasas», en la obra colectiva *Tributos Locales*, Civitas, Madrid.

RUIZ GARIJO, M. (2002), *Problemas actuales de las tasas*, Lex Nova, Valladolid.

Propuestas internacionales de tributos específicos sobre las entidades financieras como responsables de la crisis financiera

Francisco José Delmas González

I. INTRODUCCIÓN

Se ha hablado mucho en los últimos meses, en diferentes foros e instituciones nacionales e internacionales, acerca de la posibilidad de establecer gravámenes sobre las entidades financieras.

Se trata de un debate que afecta, y mucho, a las entidades financieras, pero no es el único. Otras cuestiones que se están estudiando son, por una parte, modificar los esquemas de supervisión para reforzarlos y evitar que se produzcan situaciones en el futuro como las recientemente vividas, y que aún padecemos, y por otra, la modificación de los requerimientos de capital que se está llevando a cabo en el marco de Basilea III para reforzar los recursos básicos propios de las entidades financieras; todo ello orientado a prevenir problemas futuros en las entidades financieras, cuestiones éstas que evidentemente trascienden los aspectos esenciales de esta colaboración.

En relación con la implantación de un posible gravamen sobre las entidades financieras, en las reuniones del G20 se ha esbozado esta posibilidad, que también se está barajando en la Unión Europea; es decir, el hecho de introducir un gravamen de mínimos armonizado. Por otra parte, algunos estados están planteándose la introducción de un gravamen sobre las entidades financieras de manera unilateral.

Pero sobre qué tipos de gravámenes se estaría trabajando, cuáles serían las justificaciones o razones para su establecimiento, si serían viables estos gravámenes en un mundo globalizado, donde existe plena libertad en la circulación de capitales; además, habría que plantearse el hecho de que, si no existen unas mínimas reglas de armonización global, sería posible incurrir en

esquemas de doble imposición. Todas estas cuestiones o reflexiones están en el ánimo de las personas que debaten la viabilidad o el análisis de una posible introducción de un gravamen sobre las entidades financieras.

En la presente colaboración se trata de contribuir a un debate sosegado sobre esta cuestión y de tratar de sintetizar las principales ideas y los aspectos básicos que están moviendo el debate en estos momentos en los diferentes foros internacionales.

II. RAZONES PARA LA INTRODUCCIÓN DE UN GRAVAMEN SOBRE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

Los argumentos que se están esgrimiendo para justificar la introducción de un gravamen sobre las entidades financieras son muy diversos.

Se dice, en primer lugar, que buena parte de la crisis que estamos padeciendo ha sido causada por la conducta impropia del sector financiero y que, como consecuencia de la crisis que se ha producido, los presupuestos de los estados se han resentido notablemente, ya que ha sido necesario conceder ayudas directas al sistema financiero para evitar riesgos al sistema, y también ayudas indirectas a las familias y empresas para paliar las consecuencias de las crisis. Desde este punto de vista, dado que las entidades y el sistema financiero en su conjunto aparecen como responsables finales de la situación, parece justo que las entidades contribuyan al presupuesto y devuelvan parte de lo que se les ha concedido de manera directa, como responsables últimos del importante esfuerzo presupuestario que se ha tenido que realizar.

A todo ello se une el importante déficit que se ha generado en todos los estados como consecuencia de la situación de caída generalizada en la economía, que ha provocado que los ingresos hayan caído de forma estrepitosa y que los gastos hayan crecido de manera exponencial.

Un segundo argumento se refiere a que un gravamen podría desestimular ciertas conductas heterodoxas que han venido realizando las entidades financieras, incurriendo en un endeudamiento desmedido y asumiendo riesgos impropios de un agente económico tan relevante en el sistema económico. El gravamen funcionaría como una especie de corrector, y reforzaría la eficiencia y la estabilidad de los mercados, reduciendo la volatilidad.

Otro argumento considera que el sector financiero debería retornar parte de los importantes beneficios cosechados en las dos últimas décadas y hacer una importante contribución a las finanzas públicas.

Se considera que debe instaurarse una exacción o gravamen que facilite la obtención de recursos que impidan que se repitan situaciones problemáticas en el futuro, que permita dotar un fondo para gestionar de manera eficiente las crisis futuras, además de proceder a la ordenada liquidación de estructuras financieras, y que posibilite, entre otras cuestiones, salvaguardar adecuadamente los depósitos de los ahorradores.

En definitiva, el sector financiero debe actuar con mayor responsabilidad, y una forma de favorecer que las entidades actúen de una manera más responsable es ejercitar la potestad normativa tributaria y posibilitar que los actores financieros actúen con mayor eficiencia y contribuyan a la salida futura de la crisis con una mayor fiscalidad.

También se indica, de manera un tanto desorientada, que, dado que el sistema financiero se beneficia de un tratamiento preferencial en la imposición indirecta, ya que la mayor parte de las operaciones se encuentran exentas en el Impuesto sobre el Valor Añadido, parece justo que se establezca un gravamen que compense esa situación de privilegio (1), o que reoriente esta aparente situación de desfiscalización en el sistema financiero.

Finalmente, ciertas instituciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como determinadas corrientes de opinión, están trabajando en la instauración de la denominada imposición solidaria en el contexto de los objetivos programáticos que tiene la ONU para allegar recursos a determinadas áreas del planeta con el fin de financiar el desarrollo económico de las zonas menos favorecidas.

Como puede apreciarse, algunos de los argumentos están plenamente justificados e interrelacionados. Otros tienen que ver más con el destino que debe darse a los recursos; es decir, si deben destinarse al presupuesto general o debe constituirse una institución especializada que gestione la crisis con esos fondos acumulados que pudieran obtenerse o destinarlos a un fin solidario.

III. POSIBLES FÓRMULAS A INTRODUCIR

Las entidades financieras se encuentran sujetas a la imposición ordinaria sobre la renta; es decir, en la mayor parte de estados se encuentran gravadas por la imposición sobre sociedades, aunque hay voces que indican que en el ámbito de la imposición indirecta pudieran estar infragravadas al aplicarse exenciones a la mayor parte de las operaciones financieras.

En este apartado, se van a esbozar someramente las diferentes fórmulas o líneas de trabajo en el área impositiva que pudieran diseñarse; en este punto, hay que señalar que las diferentes instituciones internacionales se han encargado de ampliar las posibilidades de análisis sobre las tradicionales fórmulas que han defendido economistas de reconocida fama en el pasado.

1. Contribución financiera sobre las entidades o *Levy bank*

Los diferentes estados se están planteando exigir un gravamen reducido tomando como referencia el estado de cuentas de las entidades financieras en determinada fecha. A partir de ese estado de cuentas, se determinará la base de gravamen tomando en consideración o bien el activo, computando especialmente los activos de riesgo, o alternativamente el pasivo, o los derivados, o determinadas partidas del activo o del pasivo que constituirán la base sobre la que aplicar el gravamen. Los tipos serían muy bajos. Los estados están introduciendo estos gravámenes con vocación de permanencia; unos están planteando afectar los ingresos al Presupuesto del Estado directamente, mientras que otros están reflexionando sobre la posibilidad de crear un fondo especial dedicado a gestionar crisis futuras.

2. Imposición sobre la actividad financiera

Este gravamen pivotaría sobre los beneficios y la remuneración del personal de las entidades financieras. Sería un gravamen que podría asegurar un volumen importante de recursos al Presupuesto de los estados que decidieran imponerlo. Evidentemente, dependerá del tipo que pudiera imponerse.

Hay una opinión bastante generalizada que mantiene que las comisiones e incentivos en el sector financiero, conjuntamente con un excesivo nivel de riesgo bancario con vistas a obtener un beneficio rápido, son factores que han podido agravar la situación de crisis. Este gravamen pretende corregir esa situación o esas conductas. En este mismo sentido, hay otras opiniones que plantean que deberían introducirse directamente limitaciones en las retribuciones de los ejecutivos.

En lo concerniente al gravamen, parece que no distorsionaría la competencia y no alteraría el mercado global. Existen 3 posibles alternativas:

a) El método adicional (*the addition method*). Se gravarían la suma de los salarios y los beneficios definidos en términos de *cash-flow*.

b) *The rent-taxing*. Se gravarían las remuneraciones y los beneficios monetarios que superasen un determinado nivel

c) *The risk-taxing*. Se gravarían las rentabilidades debidas a actividades excesivamente arriesgadas.

3. Impuesto sobre el Valor Añadido sobre los servicios financieros

El IVA es un impuesto que está muy extendido en todo el mundo, con la excepción de Estados Unidos. El impuesto, tal como lo conocemos en el ámbito de la Unión Europea, reconoce una exención casi general a casi todas las operaciones financieras por razones técnicas, por la difícil cuantificación de la contraprestación o para no dificultar las prestaciones de servicios, que en el ámbito de las operaciones financieras han de ser muy dinámicas.

Por tanto, cabe pensar que en este ámbito, desde un punto de vista teórico, el potencial recaudatorio podría ser muy importante, pero, desde un punto de vista real, la prorrata de las entidades financieras aumentaría notablemente, posibilitando una mayor compensación de sus cuotas de IVA soportadas, lo que ocasionaría quizá una menor recaudación.

Finalmente, hay que resaltar que, dada la configuración estructural del Impuesto, cabe pensar que no se producirían distorsiones en los mercados y en los circuitos financieros.

4. Impuesto amplio sobre las transacciones financieras

Es un tributo ampliamente demandado por determinados colectivos, y tiene su origen en las ideas esbo-

zadas por el economista James Tobin, que diseñó las primeras líneas de un posible gravamen sobre las transacciones financieras. Sería un gravamen que recaería sobre los mercados mayoristas, incluyendo el de divisas y el mercado de derivados no organizado (2).

Sus partidarios declaran que sería muy fácil su implantación, que la recaudación sería muy elevada a escala mundial, que la gestión sería muy sencilla y que no requeriría un tipo muy importante para la consecución de un volumen de recursos suficiente para potenciar el desarrollo de determinadas áreas del mundo.

Sus detractores señalan que constituiría una distorsión muy importante en el mundo financiero, que sería fácilmente evitable, que tendría que imponerse en todo el mundo para que su funcionamiento fuera operativo y que determinados centros financieros mundiales serían los máximos recaudadores (Nueva York, Zurich, Frankfurt, Tokio, Londres), ya que son las plazas donde se realiza un volumen muy importante de transacciones a escala mundial; sobre esta recaudación habría que arbitrar y discutir el método de reparto de la potencial recaudación, y cómo y a qué lugares se destinaría.

Existen dos posibilidades teóricas, en función de la definición de base imponible:

a) *Una ITF amplia (ITF1)*. Se gravarían las transacciones sobre acciones, bonos y derivados. La base imponible para los dos primeros sería el valor de la transacción, mientras que en el caso de los derivados se plantea el problema de si habría que utilizar como base el valor nominal del activo subyacente, lo cual generaría una base imponible muy grande, o el actual precio pagado por el derivado, que reduciría significativamente la base imponible.

b) *Una ITF estrecha (ITF2)*. Se gravarían únicamente las transacciones sobre acciones y bonos.

5. Impuesto nacional sobre las transacciones de moneda

Sería un gravamen establecido a escala local, y se gravarían las transacciones de divisas que se hicieran dentro de una jurisdicción. No sería exigible en este caso un gravamen a escala mundial. Cada jurisdicción sería libre para establecer un gravamen de estas características.

En este sentido, hay que recordar que el grupo parlamentario de Izquierda Unida presenta de manera recurrente una proposición de ley con la idea de establecer un gravamen de este tipo, que viene siendo rechazada por las Cortes (3).

6. Impuesto global sobre las transacciones de divisas

Se aplicaría a todas las transacciones internacionales que se hicieran en los mercados de divisas y sería establecido a escala mundial; es decir, resultaría de aplicación sobre cualquier moneda que fuera a utilizarse.

El problema que se suscita es el ya comentado de cómo repartir la recaudación que se concentraría en determinadas áreas concretas, quién gestionaría los recursos, cómo solucionar el problema de las entidades recaudadoras, que estarían concentradas en determinadas áreas, y lo que ello podría suponer en términos de competitividad, así como las consecuencias que podrían producirse en los mercados reales de bienes y servicios.

IV. TRABAJOS DEL G20 Y DEL FMI

El Grupo de los 20, o G-20, es un grupo de países formado en 1999 por los siete países más industrializados (G-7) más Rusia, once países recientemente industrializados de todas las regiones del mundo y, por último, la Unión Europea como bloque (4). Es un foro de cooperación y consultas entre los países en temas relacionados con el sistema financiero internacional. Estudia, revisa y promueve discusiones sobre temas relacionados con los países industrializados y las economías emergentes sobre la forma de mantener la estabilidad financiera internacional.

Desde 2009, el G-20 ha desplazado al G-8 y al G-14 como foro de discusión de la economía mundial. Ha habido diferentes reuniones en Londres, Pittsburgh, Toronto, Seúl, etcétera. Con motivo de la reciente crisis financiera, se han mantenido diferentes reuniones con el objetivo de atisbar soluciones conjuntas; aunque se han abordado otras cuestiones, la crisis y su posible solución han desempeñado un papel crucial en los debates.

Efectivamente la crisis financiera internacional ha planteado a la economía real mundial unos problemas excepcionales que requieren soluciones globales, temporales y proporcionales. Se considera que es imprescindible recuperar la confianza en los mercados internacionales.

Los miembros del G-20 señalan que el plan global de recuperación debe centrarse en una serie de aspectos:

- Restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo.

- Reparar el sistema financiero para reactivar los préstamos.

- Reforzar la reglamentación financiera para restablecer la confianza de los operadores.

- Proveer de fondos a las instituciones financieras internacionales y reformarlas a fin de superar la crisis y evitar otras crisis similares en el futuro

Todo lo anterior sobre la base de una coordinación internacional.

En la cumbre de Pittsburgh de 24 y 25 de septiembre de 2009, se acordó instar al Fondo Monetario Internacional (FMI) para que hiciera un estudio sobre las diversas posibilidades de establecer una justa contribución del sistema financiero para compensar los gastos en que han incurrido los gobiernos para reparar el sistema bancario. Dicho estudio fue examinado en la cumbre de Toronto de 26 y 27 de junio de 2010, no alcanzándose ningún acuerdo sobre el establecimiento de un gravamen sobre las entidades financieras.

El documento elaborado por el FMI justifica las diferentes posibilidades y opciones existentes para que los gobiernos puedan exigir una compensación económica al sistema financiero por las importantes ayudas destinadas a evitar su riesgo. En dicho documento se hace un repaso acerca de la ingente cantidad de ayudas proporcionadas por los gobiernos. También se analizan las medidas unilaterales que han adoptado o estaban en aquel entonces pretendiendo aprobar diferentes estados: tasa de responsabilidad de Estados Unidos (que finalmente no ha sido aprobada), gravamen sobre los *bonus* de Francia y el Reino Unido (5) o *bank levies* que están planteándose algunos estados miembros de la Unión Europea.

La evaluación general que se hace es que el sistema menos perjudicial sería exigir un monto global para compensar las ayudas recibidas y repartirlo entre las diferentes instituciones.

El objetivo es el diseño de las medidas para limitar futuras crisis financieras. Así, se concretan los objetivos a conseguir: asegurar, por una parte, que el sector financiero compensa por la ayuda recibida y, por otra, reducir la posibilidad de que haya crisis futuras. Las posibles medidas a establecer deben regirse por una serie de principios básicos:

- Ser razonables y fáciles de gestionar.

- Posibilitar una contribución del sector financiero.

Esos objetivos no pueden conseguirse con un único instrumento, pero sí combinando varios:

- Gravámenes sobre los intermediarios financieros.

— Otras medidas fiscales complementarias.

Se analizan los gravámenes sobre las instituciones financieras y se recomienda una serie de aspectos básicos que han de cumplir en lo relativo al perímetro de aplicación, base, tipo, etc. A continuación, se señala que el resultado de la recaudación debe ir destinado a un fondo (*resolution fund*; e.g: Suecia, Alemania) que gestione las situaciones de crisis. Además estudia posibles gravámenes adicionales.

En este apartado se analiza el impuesto sobre las transacciones financieras (FTT- *Financial Transaction Tax*) o Tasa Tobin, que se rechaza por no ser el mejor instrumento debido a lo siguiente:

— No es el mejor mecanismo para financiar un *resolution fund*.

— No se aplicaría sobre las fuentes esenciales de inestabilidad del sistema financiero.

— Sería un coste que se giraría sobre el consumidor final.

A continuación, se analiza el gravamen sobre la actividad financiera, denominado FAT (*Financial Activity Tax*), que se exigirá sobre la suma de los beneficios y de los ingresos de la institución financiera y que, a juicio del FMI, podría cumplir perfectamente los objetivos que se quieren obtener.

Todo el enfoque del informe se apoya en que las ayudas al sistema financiero en términos de PIB han sido muy importantes y que, de alguna manera, han de recuperarse del sistema financiero. Se añade que cada Estado puede diseñar su propia solución, pero esas soluciones individuales no son operativas. Se trata de buscar las mejores soluciones y evitar riesgos futuros, y para ello las medidas han de coordinarse. El informe propone dos fórmulas específicas que han de recaer sobre el sector financiero, ambas con diferentes cometidos:

— Contribución financiera para la estabilidad (FSC), que será un mecanismo de solución de futuros problemas. Sería una contribución que compensaría el futuro coste de apoyo al sector financiero. Esta contribución se incorporaría a un fondo cuyo objetivo sería reforzar las entidades descapitalizadas para sanearlas. Este cometido en nuestro país lo asumen los diferentes fondos de garantía de depósitos, que son fondos de acumulación y que se configuran *ex ante* a diferencia de otros estados, en los cuales su constitución es *ex post*.

— Otra contribución procedente del sector financiero, que debería pivotar en torno a un gravamen sobre las actividades financieras que se girará sobre

la suma de los beneficios e ingresos de las instituciones financieras.

Se añade, por otra parte, que la cooperación internacional es esencial y que las medidas unilaterales no son operativas. Se alude también a que deben reformularse los sistemas tributarios para limitar los efectos de los gastos financieros sobre la deuda desmedida en que incurren las entidades financieras a consecuencia de su deducibilidad fiscal, a diferencia de lo que sucede con los pagos sobre los dividendos. Finalmente, se afirma que es preciso realizar estudios más amplios para reformular y mejorar las propuestas ahora diseñadas en el informe del Fondo Monetario Internacional.

Dicho informe fue examinado en una cumbre preparatoria de ministros de Economía en abril de 2010, sin alcanzarse acuerdo alguno. Como ya se ha indicado, en la cumbre que examinó el informe del FMI no se alcanzó tampoco ningún acuerdo sobre la posible introducción de un gravamen.

V. FÓRMULAS UNILATERALES

Como consecuencia de los trabajos del G20, diferentes estados han abordado soluciones unilaterales con el objeto de establecer gravámenes sobre las entidades financieras.

En este apartado se van a analizar las principales figuras que están implantando algunos estados para compensar los enormes costes que han supuesto, en ocasiones, los desembolsos de los gobiernos para tratar de estabilizar el sistema financiero. Las referencias en algunos casos son bastante imprecisas, ya que la información disponible no es muy amplia.

Hay que señalar que el planteamiento de las diferentes soluciones es eminentemente práctico. En la estructura de los gravámenes se ha optado por un esquema muy simplista y práctico, huyendo de construcciones teóricas muy atractivas pero difíciles de gestionar. Así, se ha optado por examinar el balance de los bancos; tomar una *foto fija* en determinado momento del balance y exigir un porcentaje sobre una base imponible obtenida a partir del estado de cuentas de la entidad. En definitiva, la evidencia empírica descarta soluciones atractivas teóricamente pero imposibles o muy complejas de gestionar desde un punto de vista operativo.

1. Estados Unidos

Fue el primer país en avanzar un diseño de *bank levy* en enero de 2010, aunque finalmente el gravamen no

prosperó y ha sido retirado por la Administración Obama. Las características básicas eran las siguientes:

- Se enmarcaba dentro del programa TARP (*Troubled Asset Relief Program*) y tenía como finalidad recuperar en parte el coste de dicho programa.

- Aplicable sólo a entidades financieras con más de 50.000 millones de dólares en activos, se aplicaría a todas estas entidades financieras, hayan recibido ayudas o no. Se aplicaría a las entidades americanas y las filiales de bancos de otros países con presencia en EE.UU. Parece que no iba a gravar a las entidades hipotecarias dependientes del Gobierno de los Estados Unidos.

- El tipo previsto era el 0,15 por 100 de los pasivos no asegurados o garantizados de la entidad: volumen de activos – [pasivos garantizados + recursos propios TIER1 (6)] x 0,15.

- No se llegó a perfilar la forma de cálculo de la base; es decir de los activos a computar.

- Tampoco se llegó a determinar si el gravamen iba a ser o no deducible del Impuesto sobre Sociedades.

- Se calculaba una recaudación de alrededor de 90.000 millones de dólares durante los diez años previsibles de vigencia del gravamen.

- Estaba prevista la entrada en vigor el 1 de junio de 2010

2. Reino Unido

Se aplicará a partir del 1 de enero de 2011, siendo sus aspectos clave los siguientes:

a) La tasa se aplicará a:

- El balance consolidado del grupo bancario del Reino Unido y sociedades de construcción.

- Los balances de las filiales y los estados de cuentas de las sucursales que operan en el Reino Unido.

- Los balances de los bancos del Reino Unido en grupos no bancarios.

b) La tasa se basará en el total del pasivo (es decir, pasivos a corto plazo y largo plazo) con excepción de:

- Capital de nivel 1 (*Tier 1*).

- Los depósitos asegurados minoristas.

- *Repos* garantizados de la deuda soberana.

- El pasivo de los asegurados de las empresas de seguros al por menor dentro de los grupos bancarios.

c) Se propone un gravamen que se fijará en 0,07 por 100, y se espera recaudar más de 2.000 millones de libras anuales. No obstante, la tasa en 2011 será menor: 0,035 por 100.

d) También habrá un tipo reducido para la financiación a largo plazo: 0,035 por 100, la mitad de la tasa principal.

e) El impuesto no será deducible del Impuesto sobre Sociedades.

f) La finalidad del gravamen es evitar conductas arriesgadas de los gestores de las entidades.

g) A la hora de implantar el gravamen, se considera que los bancos deben aportar una contribución justa en relación con los riesgos potenciales que suponen para el sistema financiero del Reino Unido.

h) Parece que el gravamen se destinará íntegramente a engrosar el Presupuesto. El gravamen tiene vocación de permanencia, a diferencia del ideado en EE.UU. De hecho, todos los gravámenes diseñados tienen vocación de permanencia con excepción del norteamericano.

3. Francia

Con motivo del anuncio del Reino Unido, Francia, Alemania y el propio Reino Unido firmaron una declaración conjunta en la que ponían de manifiesto sus intenciones de introducir un gravamen, o *levy bank*, el 22 de junio de 2010.

En dicha circunstancia, Francia anunció la implantación a partir de 1 de enero de 2011 de un gravamen de esas características. Del mismo modo que el Reino Unido, los ingresos se incorporarán al Presupuesto del Estado y la vocación del gravamen es permanente.

- El gravamen se exigirá a los bancos, excepto a aquellos que dispongan de menos de 500 millones de euros en activos, y afectará a todos los grupos bancarios con matriz en Francia o filiales de bancos extranjeros. Se gravará de manera consolidada.

- El tipo será del 0,25 por 100 de los requerimientos de capital.

- La base serán los activos ponderados en función del riesgo.

4. Alemania

Como se ha indicado, Alemania, conjuntamente con Francia y Reino Unido, ya manifestaron su deseo de introducir un *levy bank*.

En tal sentido, Alemania implantará el 1 de enero de 2011 el gravamen y no se incorporarán los ingresos al Presupuesto del Estado, sino que parece que se va a crear un fondo específico que gestione el patrimonio que se vaya acumulando con vistas a gestionar crisis futuras.

La vocación del gravamen es que sea permanente y, a diferencia del caso francés, se pagará por el banco individualizadamente; es decir, no se tributará en forma de grupo.

El gravamen recaerá sobre los bancos, de conformidad con el concepto jurídico acuñado por el ordenamiento germano y gravará a las filiales de bancos extranjeros, así como a las sucursales en Alemania de bancos extranjeros.

Se aplicará un tipo progresivo:

— 0,02 por 100 para el pasivo por debajo de 10.000 millones de euros;

— 0,03 por 100 por encima de 10.000 millones de euros, y

— 0,04 por 100 por encima de 100.000 millones de euros.

Además habrá un tipo único para los derivados: 0,00015 por 100.

Se establece un techo al gravamen, que está limitado a un máximo del 15 por 100 de los beneficios anuales (netos) de la entidad de crédito.

La base gravable será el pasivo, excepto capital y depósitos. Los derivados se gravarán por su importe nominal.

5. Suecia

Han implantado ya su gravamen desde 1 de enero de 2010. Los recursos irán destinados a constituir un fondo bancario destinado a gestionar crisis futuras y evitar riesgos sistémicos.

La vocación del gravamen es la de que sea permanente.

Los sujetos pasivos del gravamen son todos los bancos, así como otras instituciones de crédito.

Se grava tanto a la matriz como a las filiales extranjeras y de forma individualizada, a todas las entidades.

El tipo de gravamen asciende a:

— 0,036 por 100 después de 2010;

— 0,018 por 100 para 2010-2011.

La base del gravamen es el pasivo, con exclusión de los fondos propios, los valores de deuda incluidos en la base de capital, las transacciones de deuda internas entre las sociedades del grupo que pagan la tasa y la deuda emitida en virtud del programa de garantía.

Se prevé que el fondo de estabilidad alcance un 2,5 por 100 del PIB en los próximos 15 años.

VI. DEBATE EN LA UNIÓN EUROPEA

El 7 de octubre de 2010 la Comisión Europea (CE) hizo públicos unos documentos de cara al debate internacional sobre la posible introducción de gravámenes para reducir el riesgo sistémico del sistema financiero.

En efecto, la reciente crisis financiera ha hecho ver a los dirigentes la necesidad de que haya un sistema financiero más sólido, dado el coste que la inestabilidad financiera tiene para la economía real. Además, hay varios desafíos en el mundo: fomentar el crecimiento de los países en vías de desarrollo, para lo cual hay que dotar de mayor eficiencia a los recursos que se obtengan; además, el cambio climático puede provocar importantes consecuencias presupuestarias negativas. En este contexto, el establecimiento de impuestos complementarios sobre el sector financiero se percibe como una solución potencial para generar ingresos.

Los documentos son SEC (2010) 1166/3 y COM (2010) 549/5. Ambos son comunicaciones evacuadas desde la CE, cuyos destinatarios son el Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social.

En síntesis, el enfoque que se desprende de estos documentos es que podrían arbitrarse una tasa mundial y otra europea. Ello permitiría financiar proyectos a escala internacional, como el desarrollo o el cambio climático, además de combatir las consecuencias de la crisis económica mundial.

La propuesta de la CE contempla dos tipos de impuestos. El primero sólo se aplicaría en la UE y se estructuraría en torno a las actividades financieras de las empresas del sector, mientras que el segundo gravaría las operaciones financieras en todo el mundo.

Se justifica el planteamiento alegando que las entidades financieras fueron las principales causantes de la crisis. Dadas las cuantiosas ayudas que han recibido de los gobiernos en los dos últimos años, el impuesto sería una manera de contribuir, como les corresponde, a los costes de la recuperación.

Adicionalmente, se señala que, con independencia de la crisis, el financiero es un sector de baja presión fiscal en comparación con otros. Por ejemplo, entre otras ventajas, las entidades de crédito están exentas de pagar el Impuesto del Valor Añadido (7).

Los ingresos así generados no serían más que su justa contribución a los presupuestos públicos.

De manera paralela, se señala en los documentos elaborados por la CE que otra manera de obtener fondos sería un impuesto internacional sobre las operaciones financieras. El dinero se destinaría a políticas globales como la ayuda al desarrollo o la lucha contra el cambio climático.

Este planteamiento que defiende la CE será estudiado por los gobiernos de los países miembros de la UE con vistas a alcanzar una posición común que sea defendida en otras organizaciones supranacionales.

En el primer documento citado se desarrollan de manera más exhaustiva las ideas anteriormente esbozadas. Se justifica el planteamiento en la declaración del Consejo Europeo celebrado el 17 de junio de 2010, en preparación de la Cumbre del G-20 en Toronto, donde se acordó el establecimiento de gravámenes diferenciados, considerando, de una parte, el ámbito territorial de la UE y, de otra, más allá de la UE. Así las conclusiones n.º 16 y 17 del documento examinado por el Consejo disponen lo siguiente:

16. El Consejo Europeo conviene en que los Estados miembros introduzcan sistemas de tasas e impuestos sobre las instituciones financieras para garantizar una justa distribución de la carga y que establezcan incentivos para contener el riesgo sistémico. Dichas tasas o impuestos deben formar parte de un marco de resolución creíble. Son precisos nuevos trabajos urgentes sobre sus principales características y deben evaluarse detalladamente las condiciones de competencia equitativa y las repercusiones acumulativas de las distintas medidas de reglamentación. El Consejo Europeo invita al Consejo y a la Comisión a que impulsen estos trabajos y vuelvan a informar en octubre de 2010.

17. La respuesta de la Unión a la crisis debe seguir coordinándose a nivel mundial para asegurar la coherencia internacional de las medidas. Su actuación para aumentar la competitividad, sanear las finanzas públicas y refor-

mar su sector financiero le permitirá abogar con decisión a favor de una actuación similar a escala internacional en la próxima cumbre del G-20. La UE debe dirigir los esfuerzos encaminados a fijar un planteamiento mundial para la introducción de sistemas de tasas e impuestos sobre las instituciones financieras a fin de mantener unas condiciones de competencia equitativas en todo el mundo y defenderá firmemente esta posición con sus socios del G-20. En ese contexto, debe explorarse y desarrollarse ulteriormente la introducción de un impuesto mundial sobre las transacciones financieras.

Adicionalmente, el Parlamento Europeo también ha estado debatiendo cuestiones relacionadas con el sector financiero y fiscal. En particular, en su Resolución de 10 de marzo 2010, comunicó a la CE y al Consejo cómo un impuesto sobre las transacciones financieras se podría utilizar para financiar la cooperación al desarrollo, ayudar a los países en desarrollo para combatir el cambio climático y contribuir al presupuesto de la Unión Europea.

Esos debates no se limitan a la Unión Europea. Éstas son cuestiones de hecho que reflejan el carácter global y sistémico de la crisis financiera y sus consecuencias. Ha habido discusiones también, como ya se ha indicado, en el G-20 sobre las nuevas formas de tributación, pero no existe un consenso mundial sobre un eventual impuesto.

La Comunicación presentada pretende contribuir al debate distinguiendo dos instrumentos: el Impuesto sobre las Transacciones Financieras (ITF) y el Impuesto sobre Actividades Financieras (FAT).

El establecimiento de gravámenes adicionales se justifica como sigue:

— Los impuestos podrían contribuir a mejorar la eficiencia y la estabilidad de los mercados financieros y a reducir su volatilidad.

— El sector financiero tiene una importante responsabilidad en la magnitud de la crisis y sus efectos negativos sobre los niveles de deuda pública en todo el mundo. Podrían justificarse impuestos adicionales también por el hecho de que algunos gobiernos han proporcionado un importante apoyo al sector durante la crisis y, por lo tanto, debe existir una contribución justa a cambio.

— El tercer argumento es el más débil, y se refiere a la exención en el IVA de las operaciones activas que llevan a cabo las entidades financieras.

Los estados miembros están empezando a establecer instrumentos fiscales nacionales para responder a

estos desafíos, y es importante que esa actuación se lleve a cabo en un marco coordinado.

A continuación, se analizan las dos figuras objeto del informe, la primera de ellas para promover su diseño a escala global; la segunda, sin embargo, se plantearía sólo en el ámbito de la Unión Europea.

1. Impuesto sobre las Transacciones Financieras (ITF)

Está diseñado para gravar el valor de las transacciones individuales. Su estructura de gravamen debería ser extensiva, aplicándose a una amplia gama de instrumentos financieros: acciones, bonos, divisas y derivados; algunas propuestas, por el contrario, pretenden sólo gravar las transacciones en divisas.

El estudio de los potenciales efectos recaudatorios a escala global constituye una cifra muy importante (60 millardos para 2006, con una tasa de 0,1 por 100).

Subraya la CE que los ingresos se harían en un número limitado de países, donde se concentran las grandes operaciones financieras. Esto evidentemente plantea problemas operativos, ya que todos los países lo aplicarían, pero, de facto, la recaudación sólo se haría en los grandes centros financieros mundiales. Por ello, el gravamen ha de tener una dimensión mundial y global, ya que todos los usuarios de los diversos servicios financieros contribuirían al gravamen, aunque éste sólo se recaudara en un número limitado de países.

En cuanto al coste económico del impuesto, evidentemente las entidades financieras tratarían de repercutir el gravamen a los clientes de los servicios financieros.

Con respecto a los efectos en los mercados y la estabilidad económica, se señala que también ayudaría a internalizar las externalidades negativas potenciales de la actividad del sector financiero. En efecto, se ha argumentado que un ITF de base amplia podría ayudar a estabilizar los mercados financieros mediante la reducción de las operaciones especulativas a corto plazo, penalizando indeseables transacciones de dichos mercados.

Lo ideal sería que, para mejorar la eficiencia, el ITF gravara las transacciones altamente especulativas, pero en la práctica es muy difícil distinguir estas operaciones de otras. Por ello, el ITF tendría que tener una amplia base posible para llegar a su objetivo de eficiencia.

Para reducir eficazmente las actividades con una externalidad negativa potencial a escala mundial, y para evitar la deslocalización de actividades, el impuesto debe aplicarse en todos los centros financieros, ya que a las

entidades financieras les resultaría muy sencillo eludir el gravamen desplazando y moviendo centros operativos a territorios donde éste no se aplicase.

2. Impuesto sobre Actividades Financieras (FAT)

Otro instrumento de posible aplicación para cumplir con los objetivos citados y reducir el potencial de las externalidades negativas es el Impuesto sobre Actividades Financieras (FAT) en la forma propuesta por el FMI. El FAT se aplicaría sobre el beneficio total y los salarios.

En el documento se hace una evaluación del potencial recaudatorio, que también es relevante a priori, pero que simplemente constituye un estudio.

En cuanto a los efectos sobre la eficiencia del mercado y la estabilidad económica, se considera que el FAT no discriminaría entre diferentes productos ni dependería del volumen de negocios; tampoco cambiaría los precios de los instrumentos financieros. No parece que pueda producirse un incentivo a la deslocalización de actividades fuera de la UE con vistas a eludir el gravamen, ya que las entidades tienen que tener centros operacionales próximos a los clientes.

Se señala como conclusión básica que el FAT sólo debería aplicarse en la UE, y se estructuraría en torno a las actividades financieras de las empresas del sector, mientras que el ITF, que gravaría las operaciones financieras en todo el mundo, debería ir precedido de un acuerdo a escala mundial.

En definitiva, en los documentos presentados por la Comisión, ésta se muestra partidaria, desde una perspectiva real y pragmática, de la introducción de un impuesto sobre las actividades bancarias; por otra parte, desde un punto de vista meramente teórico, defiende la idea de un impuesto sobre las transacciones financieras (ITF) a escala mundial, ya que políticamente no se puede rechazar.

En efecto, la Comisión es consciente de que un ITF no puede funcionar nada más que a escala global, ya que todos contribuirían a su establecimiento pero se recaudaría en pocos sitios, los grandes centros financieros mundiales. Por ello, desde un punto de vista práctico apoya el establecimiento de un FAT en la Unión Europea.

VII. CONCLUSIONES

Es indudable que hay un debate muy intenso a nivel internacional acerca del establecimiento de un gravamen específico sobre las entidades financieras en sentido amplio.

Se han realizado todo tipo de formulaciones teóricas para la posible implantación de un gravamen.

Se ha debatido, y se continúa debatiendo, sobre la cuestión de si deberían establecerse nuevos impuestos al sector financiero para complementar los ya existentes, lo que ha sido un tópico desde que comenzó la crisis económica, caracterizándose este debate por ideas ya esgrimidas:

— Contribuir a aumentar la eficiencia y la estabilidad de los mercados financieros, reducir su volatilidad y los efectos perjudiciales de la excesiva toma de riesgos que pueden crear externalidades negativas para el resto de la economía.

— Como el sector financiero ha obtenido importantes beneficios en las dos últimas décadas, es deseo de la Comisión que se garantice que el mismo hace una contribución justa y sustancial a las finanzas públicas.

— Se tiene la percepción de que el sector financiero es responsable en gran medida de la existencia y alcance de la crisis. Por tanto, podría contribuir, vía nuevos impuestos, a la consolidación fiscal necesaria por paliar las secuelas de aquélla.

— La razón fundamental es la necesidad acuciante de recursos para consolidar los presupuestos y cumplir con los requerimientos de déficit que ha establecido la Comisión

En los debates mantenidos en organismos multilaterales, no se ha alcanzado ningún principio de acuerdo para el establecimiento de un gravamen más o menos homogéneo.

Tanto el G20 como la UE han debatido este aspecto. De momento, el G20 no lo ha cerrado, pero tampoco ha habido un consenso mínimo. Lo mismo cabe decir de la UE, pero en la UE se mantiene la esperanza de alcanzar algún tipo de acuerdo por una razón fundamental: algunos estados miembros, de manera unilateral, están estableciendo gravámenes que recaen sobre los balances de las entidades financieras.

La razón de esa elección es que se considera una opción más sencilla desde el punto de vista de la gestión del nuevo impuesto o gravamen. Pero esas decisiones unilaterales pueden ocasionar en un mercado único fenómenos de doble imposición sobre las entidades, y resulta preciso, en aras de la libre prestación de servicios y de evitar distorsiones en el funcionamiento de las entidades, la estructuración de un gravamen de mínimos configurado para el ámbito de la UE, con el objetivo fundamental de asegurar que no haya problemas con la libre competencia.

La Comisión es conocedora de la situación de los estados y de la necesidad de recursos que tienen; por ello, lo que pretende es que el gravamen que se pudiera aprobar pueda acomodarse a las estructuras que están diseñando los estados, con el objeto de que los gravámenes diseñados por éstos prevean una cláusula de salida para adaptarse a un futuro gravamen armonizado.

En cuanto a qué podría hacer España en el debate, como hemos visto, la UE defiende un impuesto para toda la UE, que giraría sobre la actividad financiera, y otro a escala global, el impuesto sobre transacciones financieras; por otra parte, en la ONU España ha defendido la creación de un impuesto global sobre las transacciones financieras como mecanismo idóneo para la obtención de recursos y para fomentar el desarrollo en determinadas áreas del planeta.

En la UE lo ideal sería que se estructurase un marco comunitario de *resolution fund*, equivalente a nuestro FGD, con vistas a solventar crisis futuras sin apelar al presupuesto de los estados. Este *resolution fund* constituiría una estructura de mínimos que deberían respetar todos los estados y supondría, en su caso, acomodar la normativa interna al modelo que se determinase; con ello se equilibraría el marco competencial con el que deben actuar todas las entidades.

Ello sin perjuicio de que se acordase en los debates el establecimiento de un gravamen equivalente al FAT con vistas a hacer llegar recursos al Presupuesto de los estados.

En cuanto a la posible introducción de un gravamen sobre las entidades financieras o un *levy bank*, de conformidad con la declaración formulada por el Consejo Europeo del mes de junio de 2010, debe evaluarse de manera positiva el hecho de que los estados refuercen de manera individualizada sus estructuras garantistas y de solvencia de las entidades financieras con un gravamen o tasa.

El hecho de constituir dentro de un Estado un fondo que permita resolver situaciones de crisis sin apelar a los presupuestos de los estados constituye un avance muy importante. Ahora bien habría que reflexionar sobre la conveniencia de que fuera estructurado para toda la UE de una manera armonizada, en aras de evitar dobles imposiciones o posibles desimposiciones, y de preservar un entorno económico y competitivo razonable. Como es sabido, ahora los sistemas de fondos de garantía depósitos (FGD) son *ex ante* o *ex post* en función de que los recursos se capten previamente o con posterioridad a las situaciones de crisis. A estos efectos, los mecanismos *ex ante* son el mejor sistema, ya que permiten constituir un patrimonio relevante que per-

mite, en situaciones críticas, proceder a sanear entidades, pero también constituyen un hándicap, ya que en los estados que lo tienen diseñado, como España, sus entidades de crédito podrían tener un lastre operativo desde el punto de vista competencial que no tienen otras entidades de otros estados que cuentan con un sistema *ex post*.

España ya cuenta con unos FGD muy importantes, cuyo patrimonio es sufragado por las entidades financieras (8). La financiación de estos fondos se nutre de las cuotas aportadas por sus asociados, calculadas como un porcentaje sobre los depósitos asegurados (9). Excepcionalmente, y al efecto de salvaguardar la estabilidad del conjunto de las entidades adscritas a él, un fondo podrá nutrirse con aportaciones del Banco de España, cuya cuantía se fijará por Ley (art.3 Real Decreto 2606/1996) (10).

Quizá la mejor solución en el marco de la Unión Europea sería establecer un FGD a nivel armonizado que permitiera crear unos patrimonios creíbles con ingresos de las entidades financieras, que posibilitaran su utilización cuando las circunstancias lo requirieran.

En cualquier caso la discusión no está cerrada y será a lo largo del año 2011 cuando podamos atisbar cómo es la evolución de los debates y ello indudablemente estará condicionado por la manera en que evolucione la crisis económica.

NOTAS

(1) Este argumento puede ser un tanto criticable, ya que lo que parece que es una situación de beneficio no deja de ser quizá un perjuicio, ya que el hecho de que la mayor parte de las operaciones financieras se encuentren exentas en el IVA implica que el actor principal, es decir, las entidades, no pueden compensarse nada más que una parte de las cuotas de IVA soportadas en sus compras de bienes y servicios.

(2) Los mercados no organizados de derivados se denominan OTC (*over the counter*).

(3) Los elementos característicos de la propuesta son:

El objeto de la propuesta es el establecimiento de un impuesto sobre las operaciones de cambio de divisas, billetes de banco y monedas.

En cuanto a los argumentos que justifican la citada propuesta, se destacan los dos siguientes: por una parte, la consecución de la estabilidad de los mercados financieros (en un entorno cada vez más globalizado económicamente) para evitar los movimientos especulativos de capital, y por otra, la obtención de unos ingresos cuyo destino será contribuir a superar los desequilibrios sociales y territoriales a escala europea y mundial.

Los principales elementos materiales de dicho impuesto indirecto, cuyo ámbito de aplicación previsto sería el territorio español, son los siguientes:

— El hecho imponible consiste en la realización de todo tipo de operaciones de cambio de divisas.

— La base imponible estaría constituida por el importe íntegro de las operaciones sujetas al mismo, si bien se declaran exentas deter-

minadas operaciones (las efectuadas por personas físicas de hasta 6.000 euros, las realizadas por los bancos centrales e instituciones internacionales, así como las operaciones que efectivamente se hayan gravado en otro Estado miembro de la Unión Europea).

— Se proponía el tipo del 0,02 por 100.

— Se pretendía afectar la recaudación que se obtenga por el impuesto a la financiación de un fondo de cooperación, desarrollo y justicia social, que será gestionado por la Unión Europea.

(4) Los países integrantes del G20 son: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, India, Indonesia, México, República de Corea, Sudáfrica, Turquía y la Unión Europea. España asiste como invitada, ya que no es miembro formal del G20.

(5) Tanto el Reino Unido como Francia han diseñado gravámenes coyunturales con vistas a disciplinar el importante volumen de comisiones e incentivos que perciben los ejecutivos de las entidades financieras, que, conjuntamente con el excesivo nivel de riesgo bancario asumido como elemento determinante para percibir esos incentivos cuando la operación es positiva, ha determinado que se agravara la situación de crisis por ese estímulo claro a diseñar grandes operaciones de riesgo.

(6) Desde el punto de vista de la solvencia de las entidades financieras, son los recursos de primer nivel o primera categoría, fundamentalmente capital y reservas.

(7) Como puede advertirse, constituye una idea recurrente el planteamiento en torno al IVA. En este sentido, ver nota 1.

(8) Su regulación figura en el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito (BOE 21 diciembre). Hay tres fondos: de bancos, de cajas de ahorros y de cooperativas de crédito. El cometido de los fondos de garantía es, por una parte, asegurar los depósitos y, por otra, el saneamiento y el reflotamiento de entidades de crédito en dificultades.

Los fondos de garantía de depósitos en establecimientos bancarios, cajas de ahorro y cooperativas de crédito tienen personalidad jurídica, con capacidad para el desarrollo de sus fines, en régimen de derecho privado y sin sujeción a las normas reguladoras de los organismos públicos.

(9) La Orden ECA/3515/2009, de 29 de diciembre, por la que se establecen las aportaciones al FGD de cajas de ahorros, fija el porcentaje en el 1 por 1.000 del importe de las aportaciones a aplicar sobre la base de cálculo.

La Orden ECO/18/2002, de 14 de febrero, por el que se establecen las aportaciones al FGD en Establecimientos Bancarios fija en el 0,6 por 1.000 el importe de las aportaciones a aplicar sobre la base de cálculo.

(10) Datos FGD de España

— Datos recaudación 2008, bancos: 176.112.000.

— Datos recaudación 2008, cajas: 187.318.500.

— Datos recaudación 2008, cooperativas: 54.185.800.

— El patrimonio neto del FGD de los bancos ascendía en 2009 a 2.962,3 millones de euros (2.963.395.300).

— El patrimonio neto del FGD de las cajas de ahorro en 2009 a 4.367,9 millones de euros (4.367.959.100). Fuente: www.fgd.es.

BIBLIOGRAFÍA

A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector, G-20 Toronto Summit, Toronto, Canada, junio 26-27, 2010 <http://www.imf.org/external/np/g20/pdf/062710b.pdf>.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones fiscalidad del sector financiero COM/2010/0549 final www.europa.eu.

Impuestos para frenar la especulación financiera. propuestas para el G20 www.fundacionideas.es.

Proposición de Ley sobre la creación de un impuesto sobre las operaciones de cambio de divisas, billetes de banco y monedas. Presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. www.congreso.es (IX Legislatura).

Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2010, sobre el impuesto sobre las transacciones financieras <http://www.europarl.europa.eu/>.

http://www.hm-treasury.gov.uk/tax_index.htm. Información sobre *bank levy* en Reino Unido.

Colaboraciones obras colectivas:

MÉNDEZ ÁLVAREZ CEDRÓN, J.M. y HERNANGÓMEZ CRISTOBAL, F. (2008), «La insuficiente armonización de los Fondos de Garantía de depósitos en la Unión Europea», en *Observatorio sobre las reformas de los mercados financieros europeos*, Fundación de Estudios Financieros:135 a 152.

Libros:

JETIN, BRUNO (2005), *La tasa Tobin*, Editorial Icaria-Antrazyt, Economía, Barcelona

Los requerimientos individualizados de información a las entidades bancarias

Javier Galán Ruiz

I. INTRODUCCIÓN

La obligación de proporcionar a la Administración tributaria datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria constituye una manifestación de los llamados doctrinalmente *deberes de colaboración*, encuadrables en la categoría más amplia de los deberes de prestación a que implícitamente se refiere el artículo 31.3 de la Constitución Española. Esta obligación de colaboración con la Administración encontraría igualmente su fundamento en la exigencia por el artículo 31.1 de la misma CE de un sistema tributario justo (STC 76/1990, de 26 de abril) (1).

Estos deberes u obligaciones de información pueden clasificarse en dos categorías: los que derivan del cumplimiento de obligaciones ya establecidas (que es la llamada obtención de información «por suministro»), como puede ser la información que de forma periódica se facilita a la Administración a través de declaraciones informativas en modelos oficiales (retenciones a trabajadores y profesionales, operaciones con terceros, retenciones del capital mobiliario, etc.), y los que resultan del cumplimiento de requerimientos individualizados de información (a los que nos referimos con el nombre de obtención de información «por captación») (2).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (3) deben distinguirse dos clases de información tributaria (en aquel momento recogidas en los apartados 1 y 3 del art. 111 LGT 1963 y hoy reguladas en los apartados 1 y 3 del art. 93 LGT 2003).

La primera (art. 111.1 LGT 1963 y art. 93.1 LGT 2003) es una información a priori, de carácter general y previa a la actuación inspectora, cuyas modalidades más importantes serían:

1º) el suministro general por las empresas y entidades afectadas de datos con trascendencia tributaria *con*

carácter regular y periódico, cuyo ejemplo más significativo es la información sobre retenciones;

2º) el suministro general por las empresas y entidades afectadas de datos con trascendencia tributaria *con carácter ocasional*;

3º) *requerimiento individualizado* de determinados datos;

4º) obtención por *actuación directa de la Inspección cerca de las empresas afectadas*.

La segunda, según manifiesta la STS de 10 de enero de 2008 (RJ 2008, 408), «es una obligación de información “a posteriori”, una vez iniciada la actuación inspectora, cuando existe la necesidad de conocer los movimientos de las cuentas activas y pasivas que el sujeto pasivo objeto de la inspección tiene en los Bancos o Entidades de Crédito, y que, por la incidencia en la intimidad personal, debe seguir el procedimiento y las garantías que establecía el apartado 3 de dicho artículo 111 LGT» (hoy en día en el art. 93.3 LGT).

Será a este último tipo de requerimientos de información a entidades bancarias y crediticias al que nos referiremos en el presente trabajo, si bien limitándonos a sus obligaciones «de captación» y no a las generales «de suministro».

En la práctica, los requerimientos individualizados de información a entidades bancarias, tanto previos como posteriores al inicio de actuaciones de comprobación e investigación, son los que se promueven con más frecuencia por parte de la Administración tributaria, y han dado lugar a una elevada producción doctrinal y jurisprudencial.

Estos requerimientos de información, como actos administrativos que son, tienen carácter ejecutivo, y

sólo la concesión de su suspensión en el seno de un procedimiento de revisión permitiría su paralización, y con ello evitar la entrega de la información requerida hasta que se resolviera el recurso interpuesto. No obstante, la jurisprudencia es restrictiva a la hora de conceder la suspensión en estos procedimientos, razón por la cual, en la mayoría de los casos, el recurso carece de eficacia, puesto que si se entrega la información, por no haberse concedido la suspensión, de nada sirve que vía recurso se reconozca que no era ajustado a derecho el requerimiento, dado que la información ya se habría facilitado.

De la misma forma, la concesión de la suspensión supone de facto la estimación del recurso, puesto que, incluso en el caso de que se considerase por el órgano jurisdiccional que procede la entrega de la información requerida, se habría logrado posponer dicha entrega muchos años (veremos cómo en algunos supuestos la sentencia del Tribunal Supremo se había producido catorce años después del requerimiento de información).

No obstante, los pronunciamientos jurisprudenciales son numerosos, si bien sobre determinados tipos de requerimientos sobre productos concretos, como han sido las cesiones de créditos o los seguros de prima única, por citar los supuestos más recurrentes.

La atención a estos requerimientos individualizados de información por parte de las entidades bancarias y crediticias, por no hacer mención a las obligaciones «de suministro» que se cumplen de forma periódica por estas entidades, obliga a las mismas a dedicar un elevado número de personas para tales actividades. Al análisis de los presupuestos necesarios para que puedan solicitarse estos datos bancarios y al procedimiento para su obtención dedicaremos las siguientes páginas.

II. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN: EVOLUCIÓN NORMATIVA

1. Evolución normativa de los deberes de información: La entrada en vigor de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria y el Reglamento General de Inspección de 1986

La regulación de los deberes de información, y en particular del que afecta a las entidades bancarias, ha sufrido una constante evolución normativa. Comenzaremos realizando un breve análisis de las modificaciones introducidas en el ordenamiento legal y reglamentario en esta materia, partiendo de la redacción original de la Ley General Tributaria de 1963, pero centrando nuestro análisis en los requerimientos individualizados de información (4).

La entrada en vigor de la Ley General Tributaria de 1963 supuso un cambio sustancial de las relaciones entre la Administración tributaria y los contribuyentes. Como es sabido, la anterior Ley General Tributaria dedicaba los artículos 111 a 113 a la regulación de los deberes de información.

En su redacción original, el artículo 111 LGT disponía, de forma ciertamente escueta, que toda persona natural o jurídica estaba obligada, a requerimiento de la Administración, a proporcionar toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria deducidos de sus relaciones económicas con otras personas. Se excluía del deber de colaboración, para determinados datos, a los sacerdotes, a los profesionales y a las personas o entidades en cuanto a los actos u operaciones que por ley estuvieran exceptuados de investigación tributaria.

En aquél momento, los deberes de información no afectaban a las entidades bancarias, amparadas por el denominado secreto bancario, que encontraba su fundamento normativo en el artículo 62 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, según la cual quedaban excluidas de cualquier investigación administrativa las cuentas corrientes acreedoras a la vista de los clientes que se llevasen por bancos, banqueros y cajas de ahorros. Este privilegio finalizó con la aprobación de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal.

Fue la Ley 10/1985, de 26 de abril, primera gran reforma de la Ley General Tributaria de 1963, la que modificó el citado artículo 111, extendiendo las obligaciones de información «a toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas». A esta obligación de información también se sujetaban las entidades «bancarias, crediticias o de mediación financiera en general, que legal, estatutaria o habitualmente, realicen la gestión o intervención en el cobro de honorarios profesionales o en el de comisiones, por las actividades de captación, colocación, cesión o mediación en el mercado de capitales». Estas entidades debían cumplir su deber de información tanto con carácter general como a requerimiento individualizado de la Administración tributaria.

Asimismo, se añadía un apartado 3 en el artículo 111, cuya interpretación y alcance fue objeto de amplia discusión jurisprudencial, que disponía lo siguiente:

3. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario.

Los requerimientos relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazos, cuentas de prés-

tamos y crédito y demás operaciones activas y pasivas de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, se efectuarán previa autorización del Director general o, en su caso, del Delegado de Hacienda competente y deberán precisar las operaciones objeto de investigación, los sujetos pasivos afectados y el alcance de la misma en cuanto al período de tiempo a que se refieren.

También se añadían dos apartados más, con los números 4 y 5, que regulaban las obligaciones de información de los funcionarios públicos (con las limitaciones debidas al secreto de contenido en la correspondencia, secreto de datos suministrados con fines estadísticos y el secreto notarial) y de profesionales (con las limitaciones del secreto profesional). Finalmente, se añadía un apartado 6, relativo al uso que la Administración podía dar a los datos obtenidos a través del deber de información.

Dos años más tarde, la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, introdujo una letra c) en el apartado 1 del artículo 111, según la cual «c) Las personas o Entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuentas, valores u otros bienes de deudores a la Hacienda Pública en período ejecutivo, están obligados a informar a los órganos y agentes de recaudación ejecutiva y a cumplir los requerimientos que les sean hechos por los mismos en el ejercicio de sus funciones legales».

Posteriormente, la Ley 31/1991, de 30 diciembre, modificó nuevamente el apartado 3 del artículo 111, que quedó redactado en los siguientes términos:

3. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario.

Los requerimientos relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de cheques u otras órdenes de pago a cargo de la Entidad, de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, se efectuarán previa autorización del Director general o, en su caso, del titular del órgano competente de la Administración Tributaria, y deberán precisar los datos identificativos del cheque u orden de pago de que se trate, o bien las operaciones objeto de investigación, los obligados tributarios afectados y el período de tiempo a que se refieren. La investigación podrá comprender la información relativa al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en sentencia 195/1994, de 28 de junio (RTC 1994, 195) declaró incons-

titucional y nulo el inciso final de este apartado 3, en la redacción dada por la Ley 31/1991, de 30 diciembre, según el cual «La investigación podrá comprender la información relativa al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago».

La última modificación que sufrió el artículo 111 LGT se produjo a través de la Ley 25/1995, de 20 de julio, que dejó redactado el apartado 3 de la siguiente forma:

3. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario.

Los requerimientos individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de cheques u otras órdenes de pago a cargo de la entidad, de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio, se efectuarán previa autorización del Director del Departamento competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, del Delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria competente. Los requerimientos individualizados deberán precisar los datos identificativos del cheque u orden de pago de que se trate, o bien las operaciones objeto de investigación, los obligados tributarios afectados y el período de tiempo a que se refieren.

La investigación realizada en el curso de actuaciones de comprobación o de investigación inspectora para regularizar la situación tributaria de acuerdo con el procedimiento establecido en el párrafo anterior, podrá afectar al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago, si bien en estos casos no podrá exceder de la identificación de las personas o de las cuentas en las que se encuentra dicho origen y destino.

De esta forma se determinaba el órgano competente para dar la autorización en los requerimientos individualizados, pasando a corresponder al «Director del Departamento competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, del Delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria competente». Asimismo, se suprimía el apartado relativo a que «la investigación podrá comprender la información relativa al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago», declarado inconstitucional, y se añadía un último párrafo según el cual «La investigación realizada en el curso de actuaciones de comprobación o de investigación inspectora para regularizar la situación tributaria de acuerdo con el procedimiento establecido en el párrafo anterior, podrá afectar al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago, si bien en estos casos

no podrá exceder de la identificación de las personas o de las cuentas en las que se encuentra dicho origen y destino».

El desarrollo reglamentario de este deber de información se produjo a través del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprobaba el Reglamento General de Inspección de los Tributos y que dedicaba sus artículos 37 y 38 a la regulación del deber de información (5).

2. Régimen actual de los deberes de información: La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria de 2007

La Ley 230/1963, de 28 de diciembre, fue derogada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que entró en vigor el 1 de julio de 2004, regulándose el deber de información en sus artículos 93 (Obligaciones de información), 94 (Autoridades sometidas al deber de informar y colaborar) y 95 (Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria).

Debido a que el objeto de nuestro trabajo se refiere a los requerimientos individualizados de información realizados a entidades bancarias y crediticias, nos centraremos en analizar el contenido del artículo 93 LGT (y especialmente su apartado 3), cuya redacción reproducimos a continuación:

Artículo 93. Obligaciones de información.

1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta Ley, estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas.

En particular:

a) Los retenedores y los obligados a realizar ingresos a cuenta deberán presentar relaciones de los pagos dinerarios o en especie realizados a otras personas o entidades.

b) Las sociedades, asociaciones, colegios profesionales u otras entidades que, entre sus funciones, realicen la de cobro de honorarios profesionales o de derechos derivados de la propiedad intelectual, industrial, de autor u otros por cuenta de sus socios, asociados o colegiados, deberán comunicar estos datos a la Administración tributaria.

A la misma obligación quedarán sujetas aquellas personas o entidades, incluidas las bancarias, crediticias o de mediación financiera en general que, legal, estatutaria o habitualmente, realicen la gestión o intervención en el cobro de honorarios profesionales o en el de comisiones, por las actividades de captación, colocación, cesión o mediación en el mercado de capitales.

c) Las personas o entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuentas, valores u otros bienes de deudores a la Administración tributaria en período ejecutivo estarán obligadas a informar a los órganos de recaudación y a cumplir los requerimientos efectuados por los mismos en el ejercicio de sus funciones.

2. Las obligaciones a las que se refiere el apartado anterior deberán cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante requerimiento individualizado de la Administración tributaria que podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos.

3. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario.

Los requerimientos individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de cheques u otras órdenes de pago, de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio, podrán efectuarse en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación, previa autorización del órgano de la Administración tributaria que reglamentariamente se determine.

Los requerimientos individualizados deberán precisar los datos identificativos del cheque u orden de pago de que se trate, o bien las operaciones objeto de investigación, los obligados tributarios afectados, titulares o autorizados, y el período de tiempo al que se refieren.

La investigación realizada según lo dispuesto en este apartado podrá afectar al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago, si bien en estos casos no podrá exceder de la identificación de las personas y de las cuentas en las que se encuentre dicho origen y destino.

4. Los funcionarios públicos, incluidos los profesionales oficiales, estarán obligados a colaborar con la Administración Tributaria suministrando toda clase de información con trascendencia tributaria de la que dispongan, salvo que sea aplicable:

a) El secreto del contenido de la correspondencia.

b) El secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística.

c) El secreto del protocolo notarial, que abarcará los instrumentos públicos a los que se refieren los artículos 34 y 35 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, y los relativos a cuestiones matrimoniales, con excepción de los referentes al régimen económico de la sociedad conyugal.

5. La obligación de los demás profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad cuya revelación atente contra el honor o la intimidad personal y familiar. Tampoco alcanzará a aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa.

Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria.

El nuevo artículo regulador de los deberes de información introduce algunas *variaciones* respecto de su precedente (artículo 111 LGT 1963), que pasamos a enumerar.

1º. Se amplía el ámbito subjetivo de los obligados a suministrar información, incluyéndose también a las entidades recogidas en el artículo 35.4 LGT (comunidades de bienes, sociedades civiles, etc.). En la redacción del artículo 111.3 LGT 1963 nada se decía sobre este tipo de entidades, entonces mencionadas en el artículo 33 LGT, razón por la cual podía surgir la duda sobre si tenían que cumplir con los deberes de información.

2º. Se añade la obligación de proporcionar a la Administración «justificantes», y no sólo datos, informes o antecedentes. Se sale al paso de cualquier duda que pudiera surgir sobre la obligación de suministrar los justificantes de la información requerida y aportada (la redacción anterior hacía mención a «datos, informes o antecedentes»).

3º. Se extiende la obligación de información a las obligaciones tributarias del propio contribuyente, cuando la redacción anterior sólo hacía mención a la obligación de facilitar información de datos, informes o antecedentes «deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas». El incumplimiento de esta obligación supone la comisión de una infracción tipificada en el artículo 203 LGT que establece sanciones específicas en su apartado 5.

Podríamos cuestionarnos si la aportación de datos propios, cuando se refieren movimientos de cuentas bancarias, deben o no estar sujetos a la autorización que se prevé en el apartado 3 del artículo 93. Para Piñel López (2004: 472), está fuera de toda duda que esta información debe venir acompañada de la preceptiva autorización:

En efecto, el Tribunal Constitucional en su Auto de 18 de febrero de 1992 (RTC 1992/52) declaró que la exigencia de autorización previa ... «aparece vinculada en el propio precepto legal —art. 111 LGT— a los supuestos en que el requerimiento se efectúa a terceras personas (en este caso a la correspondiente entidad bancaria) que, como se señala al inicio del mismo precepto, no podrán ampararse para su incumplimiento en el denominado secreto bancario. Por el contrario, cuando el requerimiento se efectúa directamente al particular, el supuesto se encuentra contemplado en los artículos 109 y, sobre todo, 110 de la citada LGT y, en tales casos, la investigación o comprobación documental a cuya colaboración se encuentra obligado el sujeto pasivo en virtud de tales normas, no requiere autorización específica alguna».

Con la nueva estructura del precepto, dicha afirmación ya no es correcta puesto que la restricción del apartado 3 no contiene ninguna limitación subjetiva y, por lo tanto, a partir de ahora, la Inspección no podrá solicitar del propio contribuyente los movimientos de sus cuentas bancarias, sino que precisará para ello de la correspondiente autorización.

4º. Por lo que se refiere a los deberes de información de los retenedores y obligados a realizar pagos a cuenta, el artículo 93 generaliza la información que deben suministrar al disponer que será la relativa a «pagos dinerarios o en especie realizados a otras personas o entidades», cuando el artículo 111 LGT 1963 establecía que debía informarse de «las cantidades satisfechas a otras personas en concepto de rendimientos del trabajo, del capital mobiliario y de actividades profesionales». De la misma forma también se generaliza y amplía la información que deben presentar las sociedades, asociaciones y colegios profesionales que realizan cobros por cuenta de sus socios o colegiados.

5º. Una modificación que podría pasar inadvertida es la remisión que, en el apartado 2 del artículo 93, se hace respecto a «la forma y plazos» de los requerimientos de información. Con la nueva norma, existe una remisión reglamentaria para la forma y plazo de los requerimientos de información generales (por suministro), pero no así en los requerimientos individualizados, mientras que en la LGT 1963 el artículo 111 se remitía la regulación reglamentaria para todo tipo de requerimiento de información. No obstante, el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, regula en sus artículos 55 a 57 los requere-

rimientos individualizados de información, tanto en la forma como en los plazos.

6º. Los requerimientos individualizados de información podrán efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos (art. 93.2 *in fine*).

7º. El apartado 3 regula los requerimientos individualizados de información a entidades bancarias o crediticias precisando que «podrán efectuarse en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación, previa autorización del órgano de la Administración tributaria que reglamentariamente se determine». En la redacción del artículo 111.3 LGT 1963 sólo se hacía referencia a que los requerimientos de información podían realizarse en «el curso de actuaciones de comprobación o de investigación inspectora». La nueva redacción incluye también los procedimientos de recaudación que, no obstante, ya se mencionaban en el artículo 133 de la LGT 1963.

8º. En cuanto al órgano encargado de la autorización para obtener información de entidades bancarias y crediticias, el artículo 111.3 LGT 1963 establecía que debería ser el director del departamento competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, el delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria competente. Sin embargo, el artículo 93.3 LGT 2003 hace una remisión a la normativa reglamentaria para su determinación. Tal y como ya destacara Piñel López (2004: 486), «se trata de una reforma que se ha justificado en la necesidad de que la norma se ajuste a los cambios en la organización de la Administración tributaria, evitando que cada vez que se produzca una modificación organizativa sea preciso modificar la Ley, pero que se pretende mantener en la norma reglamentaria el principio de que, en la esfera central, deben ser los Directores Generales competentes y, en la territorial, los Delegados de Hacienda».

9º. Finalmente, se incorpora una última modificación en este apartado 3 según la cual estos requerimientos especiales pueden dirigirse a «bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio». Con la normativa anterior (artículo 111.3 LGT 1963) se mencionaba que los requerimientos podían hacerse a «Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito, y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio». Por lo tanto, con la nueva normativa quedan extramuros de los requerimientos de información las personas físicas, y ello es así en virtud de la exclusión existente por la cual las entidades de crédito no pueden ser personas físicas, impidiéndose, de la misma manera, que con la nueva redacción pudiera solicitarse información a los llamados agentes financieros que sí pueden ser personas físicas (Piñel López, 2004: 485).

Tal y como puede observarse a partir de lo anteriormente expuesto, la nueva regulación legal es muy similar a la prevista en el artículo 111 de la LGT de 1963, salvo por los matices a que hemos hecho referencia. Esta regulación legal se ve complementada por una regulación reglamentaria más exhaustiva a través del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante Reglamento de Gestión e Inspección), que recoge dentro del título II, capítulo V la regulación de las «obligaciones de información», tanto de las que vienen impuestas por normas de carácter general (deberes de suministro) como de las obligaciones de información que derivan de un requerimiento individualizado (deberes de captación).

Así, el artículo 30 del Reglamento recoge el desarrollo del régimen general de las obligaciones de información establecidas en los artículos 93 y 94 LGT, haciéndose mención tanto del deber de información de carácter general (artículo 30.2), o deber de suministro, que se efectuará a través de los modelos aprobados por el Ministerio de Economía y Hacienda, como del deber de información por contestación a requerimientos individualizados, o deber de captación (artículo 30.3). Dos precisiones se introducen en relación con el carácter de la información requerida, de forma que si el requerimiento individualizado es respecto de terceros podrá hacerse dentro de un procedimiento de aplicación de los tributos o fuera de él, mientras que si el requerimiento de información se refiere a obligaciones propias del requerido no supondrá en ningún caso que se esté iniciando un procedimiento de comprobación o investigación. Otra cosa distinta es que a partir del resultado de la información facilitada a la Administración pueda iniciarse un procedimiento de comprobación o investigación. Finalmente, el artículo 30.4 precisa que las solicitudes de datos, informes, etc., que se efectúan en los procedimientos de aplicación de los tributos al propio contribuyente no quedan encuadrados como requerimientos de información.

En cuando a los denominados *deberes de suministro*, el Reglamento de Gestión e Inspección regula en la sección 2ª del citado capítulo V la *obligación de presentar declaraciones informativas*, clasificando dicha obligación en diferentes deberes como la obligación de informar sobre operaciones con terceras personas (artículos 31 a 35), la obligación de informar sobre las operaciones incluidas en los libros registro (artículo 36), obligación de informar sobre cuentas, operaciones y activos financieros (artículos 37 a 42) (6), la obligación de información respecto de determinadas operaciones con participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda (artículos 43 y 44), las obligaciones de informa-

ción respecto de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otros estados miembros de la Unión Europea (artículos 45 a 49), así como otras obligaciones de información como las que se refieren, entre otras, a la constitución y extinción de entidades, concesión de subvenciones, indemnizaciones, aportaciones a sistemas de previsión social, operaciones financieras sobre inmuebles, etc. (artículos 50 a 54).

Estos deberes de información facilitan la actuación comprobadora de los órganos de inspección. Así ocurre por ejemplo con la obligación de suministro de información de las imposiciones y disposiciones de fondos y de los cobros de cualquier documento que se realicen en moneda metálica o billetes de banco cuando su importe sea superior a 3.000 euros. La información facilitada a la Administración por las entidades bancarias viene resultando fundamental y determinante para que los órganos de inspección puedan iniciar actuaciones de comprobación con la persona física o jurídica que ha realizado ingresos o disposiciones de efectivo, y que tendrá que acreditar el origen o destino de los citados fondos para poder evitar así su calificación como un ingreso no justificado de patrimonio.

La sección 3ª del mismo capítulo V regula los *requerimientos individualizados de obtención de información* (artículos 55 a 57), comúnmente denominados *deberes de captación*. El régimen general de estos requerimientos individualizados de información se recoge en el artículo 55, los requerimientos a autoridades sometidas al deber de informar y colaborar se regulan en el artículo 56, mientras que es el artículo 57 el que se refiere a una de las cuestiones más polémicas desde el punto de vista jurisprudencial: el procedimiento para realizar requerimientos a entidades dedicadas al tráfico bancario o crediticio.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REQUERIMIENTOS INDIVIDUALIZADOS DE INFORMACIÓN A ENTIDADES BANCARIAS

De acuerdo con la normativa reglamentaria (artículo 55.1 Reglamento de Gestión e Inspección), estos requerimientos individualizados de información a los obligados tributarios deben incluir los siguientes *datos*:

- a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa y NIF del obligado tributario que debe suministrar la información.
- b) Período de tiempo a que se refiere la información requerida.
- c) Los datos relativos a los hechos respecto de los que se requiere la información.

Para cumplir con la obligación de suministro de datos debe concederse un plazo mínimo de diez días, que se contarán a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento. Sin embargo, si el requerimiento de información lo realizan órganos de inspección, como por otra parte viene siendo habitual, o de recaudación, las actuaciones se pueden iniciar de forma inmediata, incluso sin previo requerimiento escrito, pero para ello deben darse dos requisitos o circunstancias de forma conjunta:

1º. que lo justifique la naturaleza de los datos a obtener o de las actuaciones a realizar;

2º. que el órgano actuante se limite a examinar documentos, elementos o justificantes que deban estar a su disposición. Si no debieran estar a su disposición, se tendrá que dar el plazo mínimo de diez días para su aportación.

Si bien lo anteriormente expuesto afecta a cualquier tipo de requerimiento de información, en el artículo 57 se recogen determinadas especialidades relativas al procedimiento para realizar los requerimientos individualizados de información a entidades dedicadas al tráfico bancario o crediticio.

De acuerdo con lo dispuesto en este artículo, los órganos de inspección y de recaudación pueden solicitar información sobre movimientos de cuentas bancarias o de las operaciones relacionadas en el art. 93.3 LGT y lo pueden hacer de dos *formas*:

a) Solicitándola directamente al obligado tributario, ya sean titulares o autorizados.

b) Requiriéndola directamente a las entidades bancarias o crediticias. En este caso, no es necesario notificar el requerimiento al obligado tributario al que se refiere la información. No obstante, para poder efectuar este requerimiento directo es necesario que se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

— Que haya una *autorización previa del órgano competente*, que deberá estar debidamente justificada y debe motivar las razones que aconsejan que se requieran los datos directamente a la entidad, así como la procedencia, en su caso, de no notificar el requerimiento al obligado tributario.

— Que el obligado tributario haya dado su *consentimiento*.

De este modo, ha desaparecido tanto la obligación de que el requerimiento se notifique al sujeto pasivo o al retenedor, que podían estar presentes cuando las actuaciones se llevaran a cabo en las entidades ban-

carias, como el requisito de subsidiariedad por el cual la información debía pedirse en primer lugar al obligado tributario. Tal y como destacara Calvo Vérguez (2008: 14), «nótese que ha desaparecido el criterio de subsidiariedad contenido en el artículo 38 del antiguo RGIT, dado que ya no se exige que la información sea solicitada, en primer lugar, al obligado tributario y sólo, en su defecto, dirigirse a las entidades mencionadas. También destaca la ausencia de la obligación de notificárselo e incluso del derecho que anteriormente tenía dicho obligado a estar presente cuando la actuación de obtención de información se desarrollara mediante personación directa en la oficina, despacho o domicilio de la entidad requerida. La única notificación obligatoria es a la entidad requerida».

En cuanto al *alcance* del requerimiento, la autorización que se conceda por parte del órgano competente, habilitará para que puedan efectuarse requerimientos de información relativos a:

- Movimientos de cuentas u operaciones financieras.
- Requerimientos posteriores relativos a la documentación soporte de los movimientos (7).
- Nombre y apellidos o razón social o denominación completa de las personas o entidades que participen en las operaciones cuya información se solicita.
- Identificación de las cuentas a las que se refieran el origen o destino de los movimientos, cheques u otras órdenes de cargo o abono, aun cuando dichos cheques u órdenes hubieran sido sustituidos o tuvieran origen en otros del mismo o diferente importe.

El artículo 93.3 LGT se remite a una regulación reglamentaria para determinar el *órgano competente para conceder la autorización* en el ámbito de competencias del Estado. El artículo 57 del Reglamento de Gestión e Inspección determina el órgano competente, que será el director de departamento o los delegados de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de los que dependa el órgano actuante que solicita la autorización.

Una vez obtenida la autorización o el consentimiento, se notificará el requerimiento a la entidad precisándose las cuentas u operaciones objeto del requerimiento, los obligados tributarios afectados y, en su caso, el alcance en cuanto al período de tiempo a que se refiera.

El *contenido* del requerimiento puede ser ciertamente amplio, y los datos que se pueden solicitar podrán referirse:

- a las operaciones activas o pasivas de las distintas cuentas,

- a la totalidad o parte de sus movimientos,
- al período de tiempo a que se refiera el requerimiento,
- a las restantes operaciones que se hayan producido,
- las actuaciones también podrán extenderse a los documentos y demás antecedentes relativos a los datos solicitados.

En el requerimiento se precisará el *modo* en que vayan a practicarse las actuaciones, que podrá ser mediante requerimiento a la entidad para que aporte los datos o antecedentes objeto del mismo o mediante personación en su oficina, despacho o domicilio para examinar *in situ* los documentos.

Los datos podrán solicitarse en soporte informático de acuerdo con los formatos de uso generalizado, y tendrán que entregarse en el *plazo* consignado en el requerimiento, que no podrá ser inferior a quince días, contados a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento. Ese mismo plazo habrá de transcurrir como mínimo entre la notificación del requerimiento y la iniciación, en su caso, de las actuaciones en las oficinas, despacho o domicilio del obligado a suministrar la información. Contrasta esta exigencia de un plazo mínimo con lo dispuesto con carácter general en el artículo 55, según el cual si el requerimiento de información lo realizasen órganos de inspección o recaudación las actuaciones se pueden iniciar de forma inmediata, incluso sin previo requerimiento escrito (si bien para ello se tendrían que dar las circunstancias a que hemos hecho referencia con anterioridad).

Tratándose de cuentas indistintas o conjuntas a nombre de varias personas o entidades, en los depósitos de titularidad plural y en otros supuestos análogos, la petición de información sobre uno de los cotitulares o autorizados implicará la disponibilidad de todos los movimientos de la cuenta, depósito u operación. Sin embargo, la Administración tributaria no podrá utilizar la información obtenida frente a otro titular o autorizado distinto de aquél respecto del que se inició el requerimiento de información sin seguir previamente frente a él un requerimiento del mismo tipo.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN LOS REQUERIMIENTOS INDIVIDUALIZADOS DE INFORMACIÓN A ENTIDADES BANCARIAS

Tal y como hemos tenido ocasión de ver, las modificaciones normativas de los requerimientos de informa-

ción han sido constantes. No obstante, las potestades reales de la Administración tributaria para ejercitar este derecho han sido moduladas por una abundante jurisprudencia que si bien es cierto que ha sido en muchos casos muy permisiva para con la Administración tributaria, en otros supuestos ha sabido poner límite a la amplitud de estos requerimientos, que iban más allá de lo permitido por la Ley General Tributaria y sus normas de desarrollo.

En las siguientes páginas trataremos de dar a conocer las líneas generales marcadas por la jurisprudencia y la doctrina administrativa sobre los aspectos más problemáticos de los requerimientos de información tributaria.

1. La posible vulneración del derecho a la intimidad y del secreto bancario

El denominado secreto bancario se amparaba en el artículo 62 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, según la cual quedaban excluidas de cualquier investigación administrativa las cuentas corrientes acreedoras a la vista de los clientes que se lleven por bancos, banqueros y cajas de ahorros. Según destaca la STS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3573), en 1940, cuando se pone la primera piedra del denominado «secreto bancario», éste no amparaba los depósitos administrados de valores mobiliarios (acciones, obligaciones, etc.) ni las cuentas a plazo, cuentas de ahorro y en general las demás operaciones activas y pasivas, es decir, sólo había «secreto bancario» para los «movimientos» de las cuentas corrientes acreedoras a la vista.

Este privilegio finalizó con la aprobación de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, que terminó con el denominado «secreto bancario».

Una de las primeras cuestiones que se plantearon ante los tribunales de justicia se refería a si los requerimientos de información sobre cuentas bancarias que realizaba la Administración tributaria al amparo de lo dispuesto en la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, vulneraban principios constitucionales como el *derecho a la intimidad*.

Esta cuestión se planteó en amparo ante el Tribunal Constitucional, que en su sentencia 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984, 110) negó que se vulnerase el citado principio puesto que

aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad nos encontraríamos que ante el fisco operaría un

límite justificado de ese derecho. Conviene recordar, en efecto, que como ya ha declarado este Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos —STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, Sentencia 2/1982, de 29 de enero, FJ 5—. Ahora bien, el conocimiento de las cuentas corrientes puede ser necesario para proteger el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos, pues para una verificación de los ingresos del contribuyente y de su situación patrimonial puede no ser suficiente en ocasiones la exhibición de los saldos medios anuales y de los saldos a 31 de diciembre. Es importante señalar que las certificaciones pedidas al recurrente o las que se exigirían a las entidades bancarias caso de que aquél no las entregase voluntariamente son los extractos de las cuentas, en que figuran, como es notorio, sólo la causa genérica de cada partida (talón bancario, transferencia, efectos domiciliados, entrega en efectivo, etc.), pero no su causa concreta. Ahora bien, estos datos en sí no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar del contribuyente, como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio. El recurrente parece insistir especialmente en la gravedad de que la investigación de las cuentas comprenda las operaciones pasivas, pues a nadie le importa en qué gasta cada cual su dinero. Pero el conocimiento de una cuenta corriente no puede darse si no se contempla en su integridad. Las operaciones pasivas pueden ser también reveladoras de una anómala conducta fiscal, como ocurriría, entre otros supuestos que podrían citarse, con la reiterada de una masa importante de dinero sin que se explique el destino de la misma, que ha podido trasladarse de una situación de transparencia fiscal a otra menos o nada transparente.

Concluye el Tribunal Constitucional afirmando que

No existen, pues, esas facultades ilimitadas de la Administración en materia fiscal que denuncia el recurrente ni puede decirse que el contenido esencial del derecho a la intimidad quede anulado o afectado por la LRF. Es posible que la actuación inspectora pueda en alguna ocasión, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, interferirse en aspectos concretos del derecho a la intimidad. Pero, como ya se ha advertido, este derecho, al igual que los demás, tiene sus límites que, en este caso, vienen marcados por el deber de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, como dispone el ya citado art. 31.1 de la Constitución, deber para cuyo efectivo cumplimiento es evidentemente necesaria la inspección fiscal. La injerencia que para exigir el cumplimiento de ese

deber pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de «arbitraria». Y el art. 18.1 de la Constitución hay que entender que impide las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales», como dice claramente el artículo 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York) ratificado por España, y con arreglo al cual, de acuerdo con el art. 10.3 de la Constitución, hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y entre ellos el derecho a la intimidad personal y familiar. Es de señalar que con arreglo a estos criterios de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que no se refiere expresamente a las cuestiones planteadas en el presente recurso, establece que no se considerarán con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley (art. 8.1). Entiéndase que la ley sólo puede autorizar esas intromisiones por «imperativos de interés público», circunstancia que se da en los supuestos aquí contemplados.

Por lo que se refiere al denominado «secreto bancario» la sentencia del Tribunal Constitucional aborda de forma muy somera la cuestión planteada en amparo y desestima el recurso planteado sobre la base de que «el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el art. 18.1 de la Constitución, pues no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto, como la hay del secreto profesional. De forma que lo que se ha dicho antes sobre los límites del derecho a la intimidad es totalmente aplicable al caso en que sea la entidad de crédito la obligada a facilitar los datos y antecedentes que requiera la Inspección».

De este modo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 110/1984, mantuvo, en esencia, lo siguiente:

1º) Que el secreto bancario tiene como fundamento la protección del derecho a la intimidad del cliente, garantizado por el art. 18.1 de la Constitución, ya que en la sociedad moderna una cuenta corriente constituye la «biografía personal en números».

2º) El derecho a la intimidad no es absoluto, y debe ceder ante derechos superiores.

3º) La investigación de las cuentas corrientes como requisito para comprobar el fiel cumplimiento de las obligaciones tributarias es lícito de acuerdo con la Constitución.

4º) No obstante, la Constitución impide las injerencias arbitrarias, ilegales y abusivas.

Posteriormente, la STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990/76), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad

de determinados artículos de la Ley 10/1985, de 26 de abril, de Reforma Parcial de la Ley General Tributaria, dejó perfectamente claro que la Administración tributaria puede investigar los movimientos de las cuentas corrientes, cuentas de ahorro, etc. como corolario del deber primordial establecido en el artículo 31 de la Constitución de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, que prevalece sobre el derecho a la intimidad de las personas, que no es absoluto: «no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración tributaria. Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que el art. 31.1 de la Constitución consagra; lo que impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido».

Por lo tanto, frente a los requerimientos de información no es esgrimible la vulneración del derecho a la intimidad o la transgresión del denominado secreto bancario.

La jurisprudencia de los tribunales jurisdiccionales también se ha hecho eco de los pronunciamientos constitucionales. Así, la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 1997 (JT 1997, 244) estimó que el requerimiento de información efectuado sobre contratos de seguros de prima única no vulneraba los principios constitucionales de igualdad, derecho a la intimidad y tutela judicial efectiva. La Audiencia Nacional, tras hacer suya la doctrina de la STC 76/1990, añadió que

el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado habilita a los poderes públicos para lograr la consecución de tal fin, y obliga a los ciudadanos al cumplimiento, no sólo de sus obligaciones tributarias, sino también de determinados deberes que se configuran como el instrumento necesario para garantizar el exacto cumplimiento de esas obligaciones, sirviendo al mismo tiempo como garantes del respeto al deber constitucional expuesto. En este sentido —y como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala de 4 octubre 1994 (JT 1994, 1166)— la obligación de comunicar datos con trascendencia tributaria se configura como uno de esos instrumentos necesarios y esenciales, correspondiendo tanto a los propios sujetos pasivos de la obligación tributaria (como interesados en el procedimiento de gestión de que se trate) como a terceros ajenos al círculo de obligados de dicha relación tributaria, en los términos del artículo 111 de la Ley General Tributaria. Ahora bien, la comunicación de los datos puede afectar al derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución), por lo que, para la salvaguarda de los mismos deben establecerse límites a la obligación del admi-

nistrado y correlativa potestad administrativa. Estos límites vienen impuestos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, en cuyo artículo 8.1 proclama que no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley; remisión genérica de la ley que se concreta en lo que aquí interesa, en el régimen del artículo 111 de la Ley General Tributaria.

A la misma conclusión llegaron, entre otras muchas, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 26 de enero de 2001 y la STSJ Andalucía (Granada), de 26 de febrero de 2001, según las cuales el secreto bancario sólo puede ser relacionado con el derecho a la intimidad en la medida en que los datos bancarios reflejan datos de la vida privada, lo que no puede apreciarse en meros movimientos de saldos, abonos y cargos de cuenta sin referencia a la causa remota de tales movimientos.

2. El concepto «datos con trascendencia tributaria»

Según dispone el artículo 93.1 LGT, «Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta Ley, estarán obligadas a proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes *con trascendencia tributaria* relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas».

El ámbito subjetivo de las obligaciones de información está enunciado en términos muy amplios. Así, se menciona que pueden ser objeto de estos requerimientos tanto las personas físicas como las jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica del artículo 35.4 LGT. De este modo, cualquier persona que sea requerida por la Administración deberá presentar la información que se le solicite, si bien el contenido de la información está limitada a aquella que tenga trascendencia tributaria, tal y como dispone el artículo 93.1 de la Ley General Tributaria.

El término «trascendencia tributaria» es un concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto de análisis por parte de numerosas resoluciones y sentencias, que han tratado de poner coto a los requerimientos efectuados de forma indiscriminada por parte de la Administración tributaria. De este modo, como ya dispusiera la STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8895) a que luego haremos referencia, la inspección no puede convertir estos preceptos relativos a los requerimientos individualizados de información «en una vía para conseguir la omnisciencia fiscal absoluta».

Sin embargo, la jurisprudencia se muestra ciertamente generosa con la calificación de la «trascendencia tributaria» de los datos requeridos. Entre estos pronunciamientos encontramos la STSJ Cantabria de 19 de junio de 1995 (JT 1995, 893), que concluyó que «cuentan con trascendencia tributaria todas aquellas informaciones patrimoniales que se refieren a hechos sometidos a tributación, y si en el caso concreto, es indiscutible que las transmisiones de inmuebles lo están en sí mismas, e inciden, por demás, en otros tributos de carácter directo y personal de los que son sujetos pasivos las personas afectadas por el requerimiento, la trascendencia de los datos, aunque se adjetive de potencial, indirecta, hipotética, toda utilidad legítima de los mismos, ha de ser plenamente afirmada».

Ciertamente curiosa es la resolución del TEAC de 23 de febrero de 1994 (JT 1994, 333), que no se refería a requerimientos de información a entidades bancarias sino a uno efectuado a Telefónica sobre los *abonados al servicio de telefonía móvil*. En aquellas fechas, la posesión de un teléfono móvil no era generalizada y era un indicio de riqueza. La resolución del TEAC estima que estos datos tienen trascendencia tributaria y que

la «trascendencia tributaria» debe ser interpretada como la cualidad de aquellos hechos o actos que puedan ser útiles a la Administración para averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el art. 31.1 de la Constitución Española de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, y poder, en caso contrario, obrar en consecuencia, de acuerdo con la Ley; pudiendo ser esa utilidad directa —cuando la información solicitada se refiere a hechos imponible, es decir, a actividades, titularidades, actos y hechos a los que la Ley anuda el gravamen—, o indirecta —cuando la información solicitada se refiera sólo a datos colaterales— que pueden servir de indicio a la Administración para buscar después hechos imponible presuntamente no declarados o, sencillamente, para encauzar después la labor inspectora, con criterios selectivos, hacia ciertas y determinadas personas, con una precisión y eficacia que redunde tanto en beneficio de la Administración como de los contribuyentes pues por una parte, la actividad inspectora, que el propio Tribunal Constitucional considera imprescindible para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 de la Constitución Española, no puede alcanzar a todos los sujetos pasivos, y, por otra, permite evitar las incomodidades y molestias que a veces resultan de una actividad inspectora, en relación con contribuyente en los que la regularidad constatada de su situación tributaria acredita la no necesidad de una actuación de comprobación cerca de ellos; así, *en el presente caso, en el que la información requerida abarca no sólo la relación nominal de abonados sino también la facturación anual por tal servicio, es un dato de indudable contenido económico pues no cabe duda que la capacidad de gasto*

es un dato que, por su ineludible dependencia del nivel de ingresos, puede ser un indicio claro de presuntas ocultaciones de rendimientos o incluso de actividades realizadas, que aconseje el inicio del procedimiento en el que la verificación de otros aspectos conjuntamente con aquél permitan, con las garantías necesarias para el sujeto pasivo, calificar exactamente la situación de éste.

Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional, que, en sentencia de 30 de marzo de 1998 (JT 1998, 751), anuló el requerimiento de información porque se había extendido «de forma indiscriminada, es decir, genérica y global en relación con la totalidad de los usuarios de telefonía móvil automática del año 1991», que por aquellas fechas eran 108.451 usuarios, sin que tal requerimiento tuviera trascendencia tributaria alguna porque la cifra mensual de facturación era de unas 14.883 pesetas, lo que no permitía presuponer «una especial capacidad económica en los numerosísimos usuarios del mentado servicio, ni una actividad económica encubierta».

El Tribunal Supremo confirmó esta sentencia de la Audiencia Nacional, y en la STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8895) recoge la doctrina de la Sala en relación al concepto «trascendencia tributaria», y mantiene su posición anterior en la que equiparaba de forma muy generosa este concepto a la cualidad directa o indirecta de los hechos o actos que pueden ser útiles para averiguar el correcto cumplimiento del deber de contribuir. No obstante, en este caso la sentencia va más allá, e insiste en la necesidad de la «motivación», sin que sea suficiente la invocación genérica de que la información tiene trascendencia tributaria:

CUARTO. No procede estimar el presente recurso casacional, a pesar de lo expuesto en su acuerdo por el TEAC y en su escrito de interposición por el Abogado del Estado, habida cuenta que, con abstracción de lo declarado en la sentencia de instancia (cuya exégesis, especificada en el segundo de los fundamentos de derecho de esta resolución, la damos aquí por reproducida, haciéndola nuestra), es evidente que:

A) Carece de predicamento lo argüido por el Abogado del Estado respecto a la existencia de verdadera trascendencia tributaria en los datos, informes y antecedentes que han sido objeto del requerimiento de información, pues, en el caso de autos, por muy motivado formalmente, «ex post facto», que esté el mismo (lo que no implica que también lo esté materialmente —en cuanto el informe obrante al respecto en el expediente no es, en realidad, más que una redundancia y una tautología—), el requerimiento no deja de ser excesivamente indiscriminado, genérico y global, en relación con la totalidad de los usuarios, en el año 1991, del Servicio de Telefonía Móvil Automática (cuando tal Servicio acababa, prácticamente de entrar en funcio-

nes, y cuando los titulares eran, entonces, 108.451 y sus facturaciones medias anual y mensual alcanzaban, respectivamente, las cifras de sólo 177.990 pesetas y 14.883 pesetas).

La trascendencia tributaria que analiza debe entenderse como la cualidad de aquellos hechos o actos que pueden ser útiles a la Administración para averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la CE de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, y poder, en caso contrario, obrar en consecuencia, de acuerdo con la Ley. Y esa utilidad puede ser «directa» (cuando la información solicitada se refiere a hechos imponible, o sea, a actividades, titularidades, actos o hechos a los que la Ley anuda el gravamen) o «indirecta» (cuando la información solicitada se refiere sólo a datos colaterales, que puedan servir de indicio a la Administración para buscar después hechos imponible presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora —que no se olvide, no puede alcanzar a absolutamente todos los sujetos pasivos, por ser ello materialmente imposible— hacia ciertas y determinadas personas).

No cabe, pues, presumir tal trascendencia tributaria por el simple hecho de haberse solicitado la información (y, menos, en un caso como el presente, en que la misma intenta abarcar a todos los abonados y usuarios de un determinado Servicio, ninguna de cuyas contraprestaciones son, según lo probado, muestra palpable o indiciaria de una relevante capacidad económica o de una actividad económica encubierta), debiendo concurrir una justificación o motivo específicamente suficiente que fundamente el requerimiento de la información (justificación o motivo que, materialmente, aquí no concurre), pues conceptuar el requisito legal de la trascendencia tributaria de forma abstracta o genérica equivaldría en la práctica a negar virtualidad a su exigencia, dado que difícilmente puede colegirse, en algún supuesto concreto de información, que sea, en todo caso y circunstancia, directa o indirectamente, tributariamente intrascendente (y procede, en consecuencia, declarar que la entidad interesada tiene derecho a no atender al requerimiento de información que le ha efectuado la AEAT).

El requerimiento de autos, que parece deberse a la mera comodidad de obtener una información omnisciente de los datos correspondientes a los usuarios 0.del Servicio de Telefonía Móvil del año 1991, no deja de carecer de trascendencia tributaria, pues, frente al contenido del informe obrante en el expediente administrativo, la prueba practicada acredita que la citada información se está refiriendo a unos datos sin verdadero relieve económico (ni expreso ni encubierto). Y obvio es que, para tal fin, la Administración dispone de un amplio repertorio de actuaciones, que no son reconducibles al artículo 111 de la LGT (so pena de convertir tal precepto en una vía para conseguir una omnisciencia fiscal absoluta).

Sobre la necesidad de que los requerimientos de información se refieran a datos con trascendencia tributaria también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de febrero de 2001 (RJ 2001, 250) y 7 de junio de 2003 (RJ 2003, 4014) en las que se afirmó que el deber de colaboración con la Administración tributaria, establecido en el entonces vigente artículo 111 LGT de 1963, tiene como límite infranqueable el que los datos requeridos han de tener trascendencia tributaria y siempre que la información solicitada «sirva o tenga eficacia en la aplicación de los tributos». La última sentencia citada afirmaba que «siempre que la información solicitada se encamine a la aplicación efectiva de los tributos —la exigencia de datos no patrimoniales está proscrita— debe ser prestada aunque su utilidad pueda ser potencial, indirecta o hipotética».

En las SSTs de 18 de marzo de 1999 (JT 1999, 1478) y de 13 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 523) se considera que tiene trascendencia tributaria la información relativa a los *titulares de seguros de vida de capital diferido*, incluso antes de que se produzca el fallecimiento o vencimiento del plazo, de forma que el «asegurado», al igual que el «tomador o suscriptor» del contrato, no puede quedar excluido de la obligación genérica que tiene la aseguradora de cumplir el requerimiento informativo.

Por lo que se refiere a las *cajas de seguridad* que se encuentran en entidades bancarias, las resoluciones del TEAC de 16 de abril de 2008 y de 22 de octubre de 2008 consideraron que era procedente el requerimiento de información a una entidad bancaria respecto de los titulares de contratos de alquiler de cajas de seguridad, puesto que la naturaleza de los datos requeridos conlleva implícitamente la motivación y trascendencia tributaria de la información solicitada, al referirse a la vigencia de contratos de alquiler de cajas de seguridad, elementos susceptibles de ser utilizados como recinto blindado para salvaguardar elementos patrimoniales de alta volatilidad. Por tanto, la información solicitada no vulnera el principio de proporcionalidad ni ninguna obligación legal de confidencialidad, como tampoco el derecho a la intimidad.

3. La necesidad de acudir, o no, al procedimiento especial con autorización en los requerimientos de información a entidades bancarias o crediticias

El artículo 93.3 de la LGT dispone que

(...) Los requerimientos individualizados relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de che-

ques u otras órdenes de pago, de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio, podrán efectuarse en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación, previa autorización del órgano de la Administración tributaria que reglamentariamente se determine.

Los requerimientos individualizados deberán precisar los datos identificativos del cheque u orden de pago de que se trate, o bien las operaciones objeto de investigación, los obligados tributarios afectados, titulares o autorizados, y el período de tiempo al que se refieren.

La investigación realizada según lo dispuesto en este apartado podrá afectar al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago, si bien en estos casos no podrá exceder de la identificación de las personas y de las cuentas en las que se encuentre dicho origen y destino.

En relación con estos requerimientos a entidades bancarias o crediticias y la necesidad de autorización previa, la STS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3573), dispuso que en el caso de requerimientos de información a entidades bancarias sobre *cesiones de crédito* no era necesario acudir al procedimiento especial previsto en el artículo 111.3 LGT 1963 (hoy artículo 93.3 LGT 2003). Este recurso traía causa de la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 14 de diciembre de 1993, que había estimado el recurso interpuesto por la entidad bancaria, fundando su pronunciamiento esencialmente en que las cesiones de crédito son operaciones activas o pasivas habituales de los bancos y entidades de crédito, según sus modalidades, aunque se regulen por el Código Civil, arts. 1526 y siguientes, y por el Código de Comercio, arts. 347 y 348, por lo que al requerimiento discutido le era aplicable lo dispuesto en el apartado 3, del artículo 111 de la Ley General Tributaria, cuyas normas no habían sido cumplidas, hecho que implicaba su anulación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una extensa y fundamentada sentencia, llegó a una conclusión diferente y se inclinó por la postura defendida por la abogacía del Estado, según la cual *las cesiones de créditos en sus tres modalidades de transferencias de activos, participaciones en activos y cesiones temporales de activos no son propiamente operaciones activas o pasivas, típicas de los bancos y demás entidades de crédito, por lo que no les era de aplicación el procedimiento previsto y regulado en el apartado 3, del artículo 111 LGT*.

De la lectura de esta sentencia podemos extraer las siguientes *conclusiones generales* que el Tribunal Supremo ha extrapolado a otras resoluciones para determinar si se debía acudir o no al procedimiento especial con autorización:

1ª. *No hay que acudir al procedimiento especial cuando la información ya es conocida por la Administración por otras vías de suministro periódico de información.* No todos los datos relativos a las operaciones activas y pasivas de los bancos y entidades de crédito quedan sometidos al procedimiento garantista del artículo 111.3 LGT, pues unos son objeto de información por suministro periódico, otros pueden ser conocidos por captación ocasional, y sólo residualmente los movimientos de dichas operaciones son los afectados por dicho procedimiento.

2ª. *No hay que acudir al procedimiento especial cuando los datos deben haber sido incluidos en las declaraciones tributarias del contribuyente.* Las garantías que establece el artículo 111.3 LGT 1963 (hoy artículo 93.3 LGT 2003) no tiene sentido aplicarlas a aquellos datos respecto de los cuales existe obligación por parte de los sujetos pasivos de declararlos a efectos del IRPF o del entonces vigente Impuesto sobre el Patrimonio; así, por ejemplo, el saldo medio ponderado de los depósitos en cuenta corriente a la vista, de ahorro o a plazo, que debía ser declarado a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio no es un dato cuya información a la Administración tributaria quede sometido a las garantías del apartado 3, y lo mismo acontece respecto de las «cesiones de crédito».

3ª. *El procedimiento especial sólo debe utilizarse para recabar los datos más íntimos.* El apartado 3, del artículo 111 LGT 1963 (artículo 93.3 LGT 2003) «garantiza aquellos datos o informaciones que afectan a la intimidad o privacidad de las personas, es decir de aquellos que los sujetos pasivos no están obligados a incluir en sus declaraciones, y que en justa correspondencia los Bancos y Entidades de Crédito deben facilitar a la Administración Tributaria, pero previo cumplimiento por ésta de los requisitos y garantías procedimentales establecidos en el apartado 3, del artículo 111 de la Ley General Tributaria, datos que, anticipamos, son esencialmente los movimientos de las cuentas activas y pasivas, porque reflejan día a día lo que una persona hace, v. gr.: actuaciones filantrópicas, gastos personales, vida social, financiación de los partidos políticos, conducta íntima, etcétera, por ello esta Sala Tercera ha precisado en su Sentencia de fecha 30 de octubre de 1996 (Rec. Apel. 6269/1991) (RJ 1996, 8608) que aun respetando las garantías procedimentales exigidas por el artículo 111.3 LGT, la Administración Tributaria sólo tiene derecho a conocer la causa inmediata o genérica de los abonos o cargos en las cuentas bancarias, pero no su causa remota o específica».

4ª. *Existen dos tipos de información, la que tiene la Administración tributaria a priori antes de iniciar las actuaciones de comprobación (artículo 111.1 LGT 1963) y la que tiene a posteriori tras el inicio de las citadas actuaciones (que debe ajustarse el procedimiento especial*

del artículo 111.3 LGT 1963). En el supuesto del artículo 111.3 LGT 1963 (artículo 93.3 LGT 2003), «se contempla una obligación de información “a posteriori”, es decir una vez iniciada la actuación inspectora comprobadora e investigadora, de la cual se deduce la necesidad “técnica” de conocer los movimientos de las cuentas activas o pasivas que el sujeto pasivo objeto de la inspección tiene en los Bancos y demás Entidades de Crédito, y que por respeto a su intimidad personal debe seguir el procedimiento garantista regulado en el apartado 3 del artículo 111 LGT».

Esta doctrina general del Alto Tribunal sirve de punto de partida para analizar requerimientos concretos de información como son los que afectan a cesiones de créditos, seguros de prima única, compraventas de letras del tesoro, etcétera.

En el caso analizado en la STS de 29 de marzo de 1999, la Sala llega a la conclusión de que «los datos identificativos de las cesiones de créditos realizadas por los Bancos, Cajas de Ahorro, etc. no implican en absoluto el examen de los movimientos de las cuentas pasivas, con cargo a las cuales se han adquirido los créditos bancarios por los clientes, siendo operaciones que no afectan a la intimidad o privacidad de las personas, por ser operaciones puramente patrimoniales, como la adquisición de valores mobiliarios, de participaciones en fondos de inversión, de inmuebles, etc., datos a los que hace ya mucho tiempo ha tenido acceso la Administración Tributaria por vía de la información “a priori”, mediante las modalidades explicadas».

De la misma argumentación partieron las SSTS de 10 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8940) y 1 de julio de 2003 (RJ 2003, 7097) (8); en este caso en un requerimiento de información sobre *operaciones de compra y venta de Letras del Tesoro*, pero en esta ocasión para llegar a una solución diferente y declarar la procedencia de la aplicación del procedimiento garantista del artículo 111.3 LGT 1963 (artículo 97.3 LGT 2003) por entender que realmente la información solicitada se refería a «movimientos» de cuentas corrientes y no a una mera información sobre operaciones activas o pasivas o de compraventa. Mantiene la sentencia que

el requerimiento no se reduce a obtener información sobre las operaciones activas y/o pasivas o de compra y venta, cuyos datos esenciales ya conocía la Administración, sino a establecer los medios materiales (cheques, cuentas corrientes, etc.) utilizados por el sujeto pasivo para los pagos y reintegros, lo que excede de la simple información sobre operaciones y personas intervinientes, adentrándose en los «movimientos» de cuentas corrientes, para cuya investigación se exige la garantía suplementaria del apartado 3 del artículo 111, en protección del derecho a la intimidad que, si bien no puede amparar la negativa a facilitar

tales informaciones con base en el secreto bancario, impone la adopción de dichas previsiones legales.

D) Si, a tenor del alcance del comentado apartado 3 del citado artículo 111 de la LGT, se califica como información sujeta a los requisitos en él señalados a cualquiera que afecte a «movimientos» de cuentas de todo tipo, debe concluirse que cualquier cargo o abono efectuado por la entidad financiera en la cuenta de un cliente debe someterse al cumplimiento de dichos requisitos.

Igualmente, se asimilan a «movimientos», protegidos por el procedimiento del mencionado apartado 3, «la emisión de cheques u otras órdenes de pago» a cargo de la entidad crediticia o cheques bancarios (precisión que se hace como extensión de los cheques a cargo de los propios clientes, los cuales siempre corresponden con cargos o abonos efectuados en las cuentas).

En consecuencia, *si la información solicitada se refiere a la identificación de los medios de pago de determinadas compras y ventas de activos financieros, siempre afectará a movimientos protegidos, tanto si se instrumentalizan en cheques, como directamente en cargos o abonos en cuenta*, máxime si la norma alude concretamente a la inclusión en su ámbito de cualquier origen o destino de tales movimientos o medios de pago.

Como adecuadamente razona la actual SBB, S.A., no puede admitirse la tesis de que el artículo 111.3 de la LGT afecta sólo a aquellas investigaciones que parten del conocimiento, por la Hacienda, de un cheque y que lo único que se desea conocer es su origen o destino, y que, en cambio, no afecta dicho apartado 3 a los supuestos en que se conoce el origen o destino de la operación (la venta o compra de valores o activos financieros) y lo que se desconoce son los medios de pago de los mismos (en cuyo caso se aplica sólo el apartado 1 del comentado precepto, que obliga a tener que facilitar toda clase de informes de trascendencia tributaria, sin necesidad de tener que cumplir las formalidades del apartado 3).

Y es que tal tesis parte, en cierto modo, de un sofisma, cual es confundir el origen y destino de una operación bancaria (la compra o venta de valores que no constituyen, en sí misma, «movimiento» de cargo o abono de cuentas bancarias) con el origen y destino del medio de pago utilizado en tal operación. Y obvio es que, cualquiera que sea la finalidad o destino de la información y el conocimiento previo que de ella tenga la Hacienda requiriente, queda incurso la solicitud en las formalidades exigidas en el apartado 3 del artículo 111 siempre que se den las circunstancias en él indicadas (requerimiento relativo a «movimientos» de cuentas bancarias, incluida la emisión de cheques u otras órdenes de pago, y al origen y destino de tales movimientos).

El interés objeto de protección por el citado apartado 3 está referido a cualquier información bancaria de «movi-

mientos» de cargo y de abono, efectuado dentro del marco operativo de las cuentas bancarias, como medio instrumental que son de las relaciones confidenciales entre una entidad financiera y sus clientes (estando sólo excluida de tal ámbito la mera información de la existencia de las propias cuentas y de los saldos a una determinada fecha).

No cabe, pues, entender que la información solicitada se refiera, como expresa el TEAC y arguye el Abogado del Estado, a la «simple identificación de la cuenta o cuentas utilizadas» en una serie de operaciones concretas, porque lo que se insta es la identificación de los instrumentos de pago utilizados con cargo a unas determinadas cuentas (sea mediante cheques o meros cargos contables), identificación que implica, siempre, la indagación de «movimientos» protegidos de cuentas corrientes y requiere, asimismo, ante la especial individualización del requerimiento, la autorización del Director General del Departamento correspondiente de la AEAT o, en su caso, del Delegado competente de dicha Agencia.

Como ya destacara Sesma Sánchez (2004), la relevancia principal de esta sentencia estriba en insistir en que cualquier información que afecte a un cargo o abono efectuado por una entidad financiera en la cuenta de un cliente debe someterse al cumplimiento de los requisitos del procedimiento especial, así como la información relativa a la emisión de cheques u otras órdenes de pago a cargo de la entidad. Aunque se conozca la cuantía y el tipo de inversión, identificar los medios y formas de pago o reembolso de éstas incide en los movimientos de cuentas cuyo conocimiento debe seguir un procedimiento específico, particularmente garantista.

También se consideró aplicable el procedimiento especial en la STS de 15 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7114), que anuló un requerimiento de información efectuado a una entidad bancaria sobre medios utilizados por un cliente de un banco para el abono de la prima en una operación de *primas únicas*, y sobre los medios de pago utilizados por el banco al suponer implicación de movimiento de cuentas bancarias y no haberse obtenido la autorización del Director General de Inspección Financiera y Tributaria. Con anterioridad, el TEAC se había pronunciado en sentido opuesto en su resolución de 6 de octubre de 1992 (JT 1992, 572) llegando a una solución contraria a la que finalmente resultó del Tribunal Supremo. El TEAC, siguiendo una doctrina ya recogida en resoluciones anteriores como la de 8 de septiembre de 1992 (JT 1992, 489), consideró que el requerimiento antes citado no iba dirigido a investigar movimientos de cuentas corriente u otras operaciones activas o pasivas, sino a obtener la justificación documental de las verdaderas identidades de las personas suscriptoras de determinadas operaciones de seguro de prima única y de los medios de pago utilizados a estos efectos, motivo por el cual no podía entenderse que dicho requeri-

miento encajase dentro de los supuestos contemplados en el artículo 111.3 LGT 1963. La Audiencia Nacional primero y luego el Tribunal Supremo, en la sentencia de 15 de septiembre de 1999, se pronuncian en sentido diferente al TEAC, considerando el Alto Tribunal que «no puede aceptarse la tesis sostenida por el representante de la Administración General del Estado, porque, como acertadamente pone de manifiesto la Sala de instancia, el requerimiento formulado al “Banco Español de Crédito” no se reduce a obtener información sobre los seguros de “prima única”, cuyos datos esenciales ya conocía la Administración, sino de establecer los medios materiales (cheque, talón, etc.) utilizados por el asegurado para el pago de la prima, así como los medios empleados por el Banco para el pago del seguro, lo que ya apunta a los beneficiarios y excede de la simple información sobre operaciones y personas intervinientes adentrándose en los movimientos de cuentas corrientes, para cuya investigación se exige la garantía suplementaria del núm. 3 del art. 111 de la Ley General Tributaria, en protección del derecho a la intimidad que, si bien no puede amparar la negativa a facilitar tales informaciones con base en el secreto bancario, impone la adopción de dichas previsiones legales.

Es más, tratándose de una garantía tributaria establecida para la protección de un derecho fundamental, cualquier duda que se produjera —que aquí no concurre— había de resolverse en favor de su observancia».

Sorprende que el Tribunal Supremo no aplique la doctrina anteriormente expuesta cuando la entidad requerida no es bancaria o crediticia, sino aseguradora. Así, en la STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 777) se dispuso que «el artículo 111.3 de la LGT —en la redacción anterior a la dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1992— impone la autorización previa de la Dirección General o del Delegado de Hacienda sólo para los requerimientos relativos a... las operaciones activas y pasivas... “de cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio”. Y la entidad impugnante es una compañía de seguros y no se dedica, por tanto, a dicha clase de tráfico, siéndole rigurosamente inaplicable, en consecuencia, la mencionada exigencia autorizatoria de la LGT. La Inspección de Tributos es el órgano en definitiva competente para hacer los requerimientos del tipo del que aquí se discute». Por lo demás, la doctrina de la Sala no se separa de la manifestada en la sentencia de 15 de septiembre de 1999 a que antes nos hemos referido, puesto que en aquél caso la información se extendía a los medios de pago del seguro y movimientos de cuentas corrientes, mientras que en el supuesto analizado por la STS de 7 de febrero de 2000 la información requerida se refería a suscriptores, tomadores y asegurados de las comentadas pólizas.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de junio de 2004, manifestó que en los requerimientos de información sobre compras y ventas de sociedades mercantiles se exigen las garantías previstas para los movimientos de cuentas bancarias. De la misma manera, el Alto Tribunal, en su sentencia de 16 de septiembre de 2005, anuló el requerimiento de información que, en relación con órdenes de compra y venta de valores intervenidas por fedatarios, exigía identificar los medios de pago con cargo a ciertas cuentas porque eso era conocer el movimiento de las cuentas, lo que no permitía el artículo 111.3 de la LGT de 1963.

Finalmente, en relación con los requerimientos de información sobre datos para la identificación de las personas que efectúan movimientos de efectivo con billetes de 500 euros, se ha pronunciado la resolución del TEAC de 10 de julio de 2008, que consideró dicha solicitud de información con un ámbito temporal circunscrito a fechas concretas y determinadas, no se refiere a movimientos de cuentas, por lo que no resulta necesaria autorización ni informe alguno, sino que se ajusta a lo establecido para requerimientos individualizados, pues no se trata de requerimientos que soliciten información de personas o entidades que simplemente se encuentren en una situación determinada en relación con el destinatario de aquéllos, sino de información referida a determinadas operaciones que, por su perfil y circunstancia, tienen una trascendencia tributaria subyacente.

4. La exigencia de un «requerimiento individualizado»

Dispone el artículo 93.2 GT que «2. Las obligaciones a las que se refiere el apartado anterior deberán cumplirse con carácter general en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, o mediante *requerimiento individualizado* de la Administración tributaria que podrá efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos».

Del mismo modo, el apartado 3 dispone que «Los *requerimientos individualizados* relativos a los movimientos de cuentas corrientes, depósitos de ahorro y a plazo, cuentas de préstamos y créditos y demás operaciones activas y pasivas, incluidas las que se reflejen en cuentas transitorias o se materialicen en la emisión de cheques u otras órdenes de pago, de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y cuantas entidades se dediquen al tráfico bancario o crediticio, podrán efectuarse en el ejercicio de las funciones de inspección o recaudación, previa autorización del órgano de la Administración tributaria que reglamentariamente se determine».

El Tribunal Supremo ha interpretado qué debe considerarse como «requerimiento individualizado». Así, en su STS de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 777), analizando un requerimiento de información de titulares de seguros de prima única, se consideró que el requisito de la individualización se predica del sujeto requerido y no de los terceros a quienes se refiera el requerimiento:

TERCERO. Se ha utilizado correctamente el sistema de obtención de información consagrado en el artículo 111.2 de la Ley General Tributaria (LGT) y, además, el requerimiento efectuado por la Oficina Nacional de la Inspección reúne las condiciones y características necesarias para ser calificado —en contra del criterio de la entidad recurrente— de «individualizado».

El citado artículo 111.2 de la LGT establece que «las obligaciones a que se refiere el apartado anterior —las de proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria— deberán cumplirse bien con carácter general, bien a requerimiento individualizado de los órganos competentes de la Administración Tributaria, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen».

De dicho texto se infiere que la Administración puede utilizar dos medios de obtención de información, a saber, primero, imponiendo a ciertas personas en normas de carácter general la obligación de suministrar periódicamente los citados datos de trascendencia tributaria, y, segundo, requiriendo individualizadamente a alguna o algunas de tales personas a que proporcionen cierta y específica información de la clase mencionada.

La segunda vía inquisitiva es la utilizada en el presente caso. Y la entidad recurrente viene obligada a proporcionar a la Administración los datos referentes a los seguros de prima única no porque exista una norma general que la constriña a facilitarlos siempre y de una forma periódica, sino porque en una fecha determinada recibió la comunicación de un acto administrativo específico, dirigido singularmente a ella, que le impuso de forma precisa la obligación de suministrar cierta y concreta información: y eso es, obviamente, por más que trate de modularlo confusamente la entidad impugnante, un requerimiento individualizado.

No existe en la LGT norma alguna que restrinja el concepto de «requerimiento individualizado» sólo a los supuestos en que el mismo se hace para averiguar datos de un sujeto pasivo determinado, sino que la individualización viene referida, amén de al contenido del requerimiento (que puede ser más o menos amplio, según las necesidades de información que tenga la Administración), al modo de operar ésta y a la singularidad del destinatario: es una decisión concreta de la Administración, expresada en un acto singular, y dirigida a una persona específica.

Además, el deber general de información que, como medio legal para la efectiva realización del deber constitucional de colaboración en el sostenimiento de las cargas públicas mediante el pago de impuestos, está establecido en nuestro ordenamiento jurídico no puede quedar sin efecto por razones meramente instrumentales que, a mayor abundamiento, se encuentran reguladas (en el artículo 111.2 de la LGT) de forma absolutamente alternativa y con tal amplitud que cabe afirmar que, sobre la base de los datos proporcionados por la llamada vía general de suministro, la Administración puede ulteriormente recabar datos concretos sobre un extremo determinado de la información ya facilitada u obtenida, siempre y cuando se cumplan los requisitos reglamentarios establecidos al efecto.

No hay, pues, con el requerimiento de autos, inseguridad en el administrado, puesto que, si ha pagado el tributo correspondiente a la operación que realizó, no sufrirá actuación alguna por parte de los órganos de la Administración Tributaria, sin que la situación contraria, es decir, el pago de los tributos y sanciones que correspondan, pueda calificarse de ataque a la seguridad jurídica, sino simplemente de regularización tributaria de una operación económica con arreglo a las leyes.

Por otra parte, esta Sección y Sala ya se ha pronunciado, al respecto, de un modo reiterado, al dictar autos o sentencias desestimatorias de las suspensiones de ejecución solicitada por las entidades recurrentes en materia, precisamente, de seguros de vida de prima única; y basta con dar por reproducida la doctrina sentada al efecto, porque *es evidente que el requerimiento practicado en el caso presente ha de calificarse, como hemos venido diciendo, de «individualizado» al estar dirigido a entidad concreta y solicitar los datos de trascendencia tributaria relativos a operaciones económicas específicas y determinadas.*

En la STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8895), a que antes hicimos referencia en relación con un requerimiento de datos sobre usuarios de telefonía móvil, el Tribunal Supremo negó la posibilidad de efectuar el requerimiento no sólo porque no tuviera por objeto hechos o datos con trascendencia tributaria, sino porque se había incumplido el requisito de existir un «requerimiento individualizado».

C) Cierto es, en principio, que la individualización del requerimiento se predica, generalmente, del sujeto requerido, que sí debe ser singular y determinado, y no de los terceros, pues el requerimiento tanto puede referirse a los datos que aquél posea de una persona determinada como a todos los que posea de ciertas operaciones o de ciertos hechos que afecten a una pluralidad de terceros que se hayan relacionado con él, en su calidad de sujeto requerido (sometido al deber de colaboración).

Pero ello no empece para que, en un caso como el aquí examinado, que se refiere, en definitiva, a una información de

datos que no se sabe, en principio, si van a tener o no alguna aplicación en la exacción de unos tributos concretos y que se han revelado, además, como carentes de toda trascendencia tributaria, debemos concluir, en virtud de lo que hemos venido razonando, que la pluralidad de los abonados afectados, ascendentes a la cifra de 108.451 titulares, convierte la comentada individualización, «por mor» de la genericidad e indeterminación subjetiva en que la actividad del requerido se traduce y plasma, en una abstracción incompatible con lo exigido en el artículo 111.1 de la LGT, en cuanto que *el sistema de «captación» de datos utilizado no puede revestir, como se infiere de la propia expresión citada, un carácter indiscriminado y no selectivo o, lo que es lo mismo, de total extensión y comprensión de la multitud de usuarios de un servicio prestado por la empresa requerida* (doctrina ésta que para nada contraría la reiteradamente mantenida por esta Sala en casos en que existían verdaderos supuestos de individualización del requerimiento).

A mayor abundamiento, debe destacarse, como hace la entidad requerida en su escrito de oposición al recurso, que resultaría muy curioso pensar que pasaría si, en el momento actual (el año 1999, en el momento de tal alegación, o el año 2003, en el momento de dictarse esta sentencia), se hiciese un requerimiento similar, cuando son millones las personas que utilizan la telefonía móvil automática, como un servicio semibásico y que en absoluto supone capacidad económica ni relevancia fiscal alguna».

V. CONCLUSIONES

1ª. La regulación legal y reglamentaria actual introduce algunas modificaciones respecto de la anterior normativa, si bien no pueden calificarse de relevantes.

2ª. La interpretación que nuestros tribunales han hecho del artículo 111 de la Ley General Tributaria de 1963 es trasladable al vigente artículo 93 de la Ley General Tributaria de 2003.

3ª. Con carácter general, la jurisprudencia se muestra reacia a suspender la ejecución de los requerimientos de información, razón por la cual en muchas ocasiones los recursos contra estos requerimientos quedan vacíos de contenido, porque incluso en los casos de estimación de los recursos interpuestos la información ya habría sido facilitada a la Administración.

4ª. De la misma forma, la concesión de la suspensión supone de facto la estimación del recurso, puesto que, incluso en el caso de que se considerase por el órgano jurisdiccional que procede la entrega de la información requerida, se habría pospuesto dicha entrega muchos años (recordemos cómo en algunos supuestos la sentencia del Tribunal Supremo se había producido catorce años después del requerimiento de información).

5ª. El secreto bancario sólo puede ser relacionado con el derecho a la intimidad en la medida en que los datos bancarios reflejan datos de la vida privada, lo que no puede apreciarse en meros movimientos de saldos, abonos y cargos en cuenta sin referencia a la causa remota de tales movimientos.

6ª. El requisito de que el requerimiento de información se refiera a datos que tengan «trascendencia tributaria» ha sido apreciado de forma amplia por los tribunales, si bien se exige una motivación en el requerimiento en la que se justifique la trascendencia tributaria de los mismos, sin que quepa una alegación genérica.

7ª. El Tribunal Supremo ha conformado una consolidada doctrina sobre los supuestos en los que la Administración debe acudir al procedimiento especial de solicitud de información del artículo 93.3 LGT (antes artículo 111.3 LGT 1963) con la necesaria autorización del órgano competente de la Administración tributaria. Según el Tribunal Supremo, no hay que acudir al procedimiento especial cuando la información ya es conocida por la Administración por otras vías de suministro periódico de información; tampoco hay que acudir al procedimiento especial cuando los datos deben haber sido incluidos en las declaraciones tributarias del contribuyente, y sólo se debe acudir a este procedimiento especial para recabar los datos más íntimos, que serán, básicamente, los que implican movimientos de cuentas activas y pasivas y, aun así, la Administración Tributaria sólo tiene derecho a conocer la causa inmediata o genérica de los abonos o cargos en las cuentas bancarias, pero no su causa remota o específica.

8ª. De acuerdo con esta doctrina, habría que acudir a este procedimiento especial cuando se solicita información sobre operaciones de compra y venta de Letras del Tesoro, así como en los requerimientos sobre seguros de prima única y, en general, en información que afecte a un cargo o abono efectuado por una entidad financiera en la cuenta de un cliente, así como la información relativa a la emisión de cheques u otras órdenes de pago a cargo de la entidad. Sin embargo, no habría que acudir a este procedimiento especial en los casos de cesiones de créditos.

NOTAS

(1) Así reza la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 1500), delimitando la naturaleza del denominado deber de información de los obligados tributarios.

(2) Para MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO (2010: 382), «el origen de los deberes de información tributaria puede estar, directamente, en la norma (información por suministro); o bien derivar del ejercicio de una de las potestades funcionales (poderes-deberes) de las que el legislador dota a la Administración para la correcta aplicación del sistema tributario, esto es, la potestad de requerir información individualizada a los distintos sujetos, lo que

podrá suceder en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos (art. 93.2 LGT)».

(3) SSTs de 1 de julio de 2003 (RJ 2003, 7097), 18 de junio de 2004 (RJ 2004, 7748), 16 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7686), 13 de junio de 2006 (RJ 2006, 6317) y 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 920).

(4) Sobre la evolución normativa del deber de información puede consultarse la STS de 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3573), ponente GOTA LOSADA, en la que se realiza una magistral exposición de la evolución que ha sufrido el deber de información, especialmente el que se refiere a las entidades bancarias y crediticias.

(5) En particular, el artículo 38 se refería a las actuaciones de obtención de información de entidades bancarias o crediticias y lo hacía en los siguientes términos:

Artículo 38. Actuaciones de obtención de información cerca de personas o Entidades dedicadas al tráfico bancario o crediticio.

1. Las personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades bancarias o crediticias, tales como Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, están obligadas a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria deducidos de sus relaciones económicas o financieras con otras personas.

2. En particular, tales personas o Entidades estarán obligadas, a requerimiento de la Inspección de Tributos, a facilitar los movimientos de cuentas corrientes, de depósitos de ahorro y a plazo, de cuentas de préstamo y crédito y de las demás operaciones activas y pasivas de dichas instituciones con cualquier obligado tributario.

3. En los casos de cuentas indistintas o conjuntas a nombre de varias personas o Entidades o de comunidades, sean o no voluntarias, en los depósitos de titularidad plural y supuestos análogos, la petición de información sobre uno de los cotitulares implicará la disponibilidad de todos los datos y movimientos de la cuenta, depósito u operación, pero la Administración Tributaria no podrá utilizar la información obtenida frente a otro titular sin seguir previamente los trámites que sean precisos del correspondiente procedimiento de colaboración.

4. Únicamente en el caso de actuaciones de obtención de información de la Inspección de los Tributos que exijan el conocimiento de los movimientos de las cuentas u operaciones a que se refiere el apartado segundo de este artículo será necesaria la previa autorización del Director general correspondiente o del Delegado de Hacienda.

A estos efectos, el Órgano actuante de la Inspección de los Tributos acompañará a la solicitud de la preceptiva autorización previa un informe ampliatorio que comprenda los motivos que justifiquen la actuación cerca de la persona o Entidad bancaria o crediticia.

El Director general correspondiente o el Delegado de Hacienda, en su caso, resolverá en el plazo de quince días a partir del siguiente a aquel en que recibieran la solicitud.

5. El requerimiento deberá precisar las cuentas u operaciones objeto de investigación, los sujetos pasivos afectados y el alcance de la misma en cuanto al período de tiempo a que se refiere.

Los datos solicitados podrán referirse a los saldos activos o pasivos de las distintas cuentas; a la totalidad o parte de sus movimientos, durante el período de tiempo a que se refiere el requerimiento, y a las restantes operaciones que se hayan producido. Asimismo, las actuaciones podrán extenderse a los documentos y demás antecedentes relativos a los datos solicitados.

El requerimiento precisará también el modo como vayan a practicarse las actuaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado siguiente de este artículo.

6. Aprobada la resolución correspondiente y autorizado por la Autoridad competente el requerimiento, éste se notificará a la persona o Entidad requerida.

Las actuaciones podrán desarrollarse bien solicitando de la persona o Entidad requerida que aporte los datos o antecedentes objeto del requerimiento mediante la certificación correspondiente, o bien personándose en la oficina, despacho o domicilio de la persona o Entidad para examinar los documentos que sean necesarios.

La persona o Entidad requerida deberá aportar los datos solicitados en el plazo de quince días. Este mismo plazo habrá de transcurrir como mínimo entre la notificación del requerimiento y la iniciación de las actuaciones en las oficinas de la persona o Entidad.

7. El requerimiento, debidamente autorizado, se notificará al sujeto pasivo o retenedor afectado, quien podrá hallarse presente cuando las actuaciones se practiquen en las oficinas de la persona o Entidad bancaria o crediticia.

8. La Inspección de los Tributos podrá solicitar de los interesados la aportación de certificaciones o extractos de las personas o Entidades de carácter financiero con las que operen, cuando sean necesarios para probar o justificar los hechos consignados en sus declaraciones tributarias. Si los interesados no atendiesen este requerimiento, podrá procederse a solicitar la información de la persona o Entidad correspondiente con arreglo a lo dispuesto en este artículo.

(6) Dentro de este deber de información, se encuentra la obligación de informar sobre cuentas en entidades de crédito (artículo 37), obligación de informar acerca de préstamos, créditos y movimientos de efectivo (artículo 38), obligación de informar acerca de los cobros efectuados mediante tarjetas de crédito o débito (artículo 38 bis), obligación de informar acerca de valores, seguros y rentas (artículo 39), obligación de informar sobre los titulares de cuentas u otras operaciones que no hayan facilitado el número de identificación fiscal (artículo 40), obligación de informar acerca del libramiento de cheques por parte de las entidades de crédito (artículo 41), obligación de informar sobre determinadas operaciones con activos financieros (artículo 42).

(7) De este modo, con la autorización inicial pueden ya requerirse todos los documentos posteriores, sin que resulte necesaria una nueva autorización para cada requerimiento posterior (CALVO VÉRGEZ, 2008:14).

(8) Esta sentencia fue comentada por SESMA SÁNCHEZ (2004:427).

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2010), *Memento Fiscal 2010*, Ediciones Francis Lefebvre.

CALVO VÉRGEZ, J. (2008), «A vueltas con los requerimientos de información efectuados por la Administración tributaria a las entidades bancarias», *Tribuna Fiscal*, n.º 210.

CHECA GONZÁLEZ, C.; GONZÁLEZ GARCÍA, E.; LOZANO SERRANO, C., y SIMÓN ACOSTA, E. (1992a), «Entidades financieras: información sujeta a autorización e información que no precisa de ella (Comentario a la Res. TEAC de 6 de octubre de 1992)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 869.

— (1992b), «Requerimiento de información por la Administración: identidad de los adquirentes de pagarés y de su precio de adquisición (Comentario a la Res. TEAC de 3 de noviembre de 1992)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 872.

— (1992c), «Impugnación del requerimiento para suministrar información (Comentario a la Res. TEAC de 16 de diciembre de 1992)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 879.

— (1993a), «Impugnación del requerimiento para suministrar información (Comentario a la STSJ Castilla y León, de 17 de febrero de 1993)» *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 934.

- (1993b), «Requerimiento por la Administración de información sobre datos con trascendencia tributaria a las compañías de seguros (Comentario a la Res. TEAC de 13 de enero de 1993)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 946.
- (1993c), Requisitos de los requerimientos de información por la Administración (Comentario a la Res. TEAC de 10 de noviembre de 1993)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 1077.
- (1994a), «Alcance de la potestad de obtención de información (Comentario a la Res. TEAC de 23 de febrero de 1994)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 1113.
- (1994b), «De nuevo sobre el deber de información de los seguros de prima única Comentario a la SAN de 2 de noviembre de 1994», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 1186.
- (1994c), «Límites al deber de información de una sucursal en el extranjero de la entidad bancaria española (Comentario a la Res. TEAC de 23 de noviembre de 1994)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 1208.
- (1995a), «El Artículo 111.3 LGT como modulación particular del deber general de facilitar la información tributaria requerida (Comentario a la SAN de 28 de febrero de 1995)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 961.
- (1995b), «Alcance de la potestad de obtención de información por captación (Comentario a la Res. TEAC de 4 de abril de 1995)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 1005.
- (1997), «Impugnación de los actos relacionados con los deberes de información exigibles a los obligados tributarios. Distinción de la solicitud de datos al propio sujeto pasivo y a terceros y alcance de la noción de trascendencia tributaria a efectos de los requerimientos de información (Comentario a la Res. TEAC de 23 de julio de 1997)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 928.
- (1999), «Deberes de información: secreto profesional y actos con trascendencia tributaria (SAN de 9 de abril de 1999 y Res. TEAC de 25 de marzo de 1999)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 2045.
- FALCÓN Y TELLA, R. (1997), «El carácter reservado de la información tributaria: la sentencia Saunders y sus consecuencias sobre el ordenamiento interno», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, n.º 12, BIB: 1099.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, J. (1993), «Ámbito de aplicación del procedimiento especial para la obtención de información de personas o entidades dedicadas al tráfico bancario o crediticio (al hilo del comentario a la Res. TEAC de 6 de octubre de 1992)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 69.
- MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M., y CASADO OLLERO, G. (2010), *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos.
- PIÑEL LÓPEZ, E. (2004), «El deber de colaboración tributaria», en *Estudios sobre la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, Homenaje a D. Pedro Luis Serrera Contreras, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- PITA GRANDAL, A.Mª., y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. (2003), «La información bancaria con fines fiscales en España (análisis de la cuestión a la luz de la normativa interna y comunitaria)», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, n.º 1, BIB: 2362.
- RUIZ HIDALGO, C., y ANEIRO PEREIRA, J. (2003), «La obtención de información bancaria en el procedimiento de apremio», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, n.º 10, BIB: 663.
- SESMA SÁNCHEZ, B. (2004), «Dos requisitos de los requerimientos de información: respetar el procedimiento del artículo 111.3 LGT si versan sobre los medios de pago o de reintegro de activos financieros (STS de 1 de julio de 2003) y motivar su trascendencia tributaria y su carácter individualizado (STS de 12 de noviembre de 2003)», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, BIB: 427.

Los fondos públicos al sector bancario y el régimen de ayudas de Estado (*)

Saturnina Moreno González

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el sector financiero no ha merecido un trato especial o particular en el ámbito de las normas europeas sobre ayudas de Estado. Sin embargo, la profunda crisis financiera y económica global de los últimos tres años, cuyos efectos en la Unión Europea se dejaron sentir con toda crudeza a partir de la segunda mitad de 2008, tras el descalabro de *Lehman Brothers*, dio lugar a una escalada de intervenciones de los Estados miembros a favor del sector bancario que ha sometido a una auténtica «prueba de resistencia» el funcionamiento de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. La prohibición general de ayudas estatales y el procedimiento de control de éstas por parte de la Comisión se consideró por algunos un obstáculo a la adopción de medidas de rescate rápidas y eficaces, llegando a solicitar su suspensión hasta el restablecimiento de la normalidad (1). La Comisión reaccionó con agilidad y destreza frente al riesgo evidente de ser desplazada por los Estados miembros, y afirmó desde el principio que las normas de competencia del Tratado no son parte del problema, sino de la solución (2). Su estrategia ha consistido, a grandes rasgos, en hacer concesiones en la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado, particularmente en el régimen de excepciones a la prohibición general de ayudas, en el deber de notificación y en los procedimientos de control, para asegurar que la prohibición general de ayudas estatales y los principios básicos del sistema sigan siendo respetados (3).

Por lo que respecta a la intervención de España ante la crisis financiera, las ayudas destinadas a las entidades de crédito han sido fundamentalmente tres: la aprobación de un régimen de avales para entidades de crédito, la creación de un Fondo de Adquisición de Activos Financieros y la constitución de un Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Esta última medida es

especialmente importante porque constituye un estímulo estatal al proceso de reordenación de nuestro sistema financiero, motivado por la crisis, y que afecta principalmente a las cajas de ahorros, mediante fusiones o procesos análogos, con el objetivo final de garantizar la solidez y solvencia del sector financiero español.

Este trabajo tiene como objeto el análisis jurídico de los cambios introducidos en la normativa europea en materia de ayudas de Estado para hacer frente a la crisis financiera, así como de las medidas de apoyo adoptadas por España a favor del sector financiero a partir de las orientaciones dadas por la Comisión, prestando especial atención al proceso de reestructuración de las cajas de ahorros. Pero, de forma previa al examen de ambas cuestiones, es necesario efectuar una breve aproximación general al régimen europeo de control de ayudas de Estado, así como una referencia general a las ayudas de carácter fiscal y a algunos de los asuntos sobre ayudas fiscales que han afectado a España.

II. APROXIMACIÓN GENERAL AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE AYUDAS DE ESTADO

El control de las ayudas de Estado, cuya competencia exclusiva corresponde a la Comisión Europea en virtud de los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —en adelante TFUE (4)—, constituye un elemento clave del Derecho europeo de la competencia. La finalidad del Derecho de la UE en materia de ayudas de Estado es evitar que se falsee la competencia en el mercado interior mediante la concesión de distintas formas de ayudas públicas a favor de determinadas empresas en detrimento de sus competidores. Tales ventajas económicas, además de acarrear una asignación ineficiente de recursos, dificultan, por un lado, el libre acceso al mercado de otras empresas y, por otro, rompen la igualdad de oportunidades entre

operadores económicos, ya que los beneficiarios de las mismas se sitúan en una situación preeminente frente a sus competidores.

El artículo 107.1 del TFUE contiene el principio general de incompatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior. De acuerdo con este precepto: «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Aunque el artículo 107.1 del TFUE no ofrece propiamente una definición de ayuda de Estado, según se desprende de la jurisprudencia comunitaria y de la práctica de la Comisión, son cuatro los elementos que han de concurrir simultáneamente en una medida para que se considere ayuda estatal (5):

— Debe acordarse por el Estado o por medio de recursos estatales. Las normas sobre ayudas estatales afectan exclusivamente a las medidas que sean imputables al Estado entendido en sentido amplio (procedentes de autoridades nacionales, regionales, locales, organismos públicos, etc.) e impliquen la transferencia, directa o indirecta (ayudas fiscales, por ejemplo), de recursos estatales.

— Debe suponer una ventaja económica a favor de una o varias empresas que no se habría obtenido en el ejercicio normal de su actividad, traduciéndose en una reducción de las cargas que normalmente recaen sobre su presupuesto. Cuando la medida estatal adopta determinadas formas (tales como préstamos, participaciones en el capital de sociedades, garantías financieras, etc.), puede resultar más complejo identificar la existencia de una ventaja económica. En estos casos, la Comisión y la jurisprudencia comunitaria han desarrollado el «criterio del inversor privado». A grandes rasgos, se trata de averiguar si, en condiciones similares, la operación financiada por los poderes públicos sería efectuada «razonablemente» por un inversor privado que operase bajo condiciones normales de mercado (6). La apreciación que ha de efectuar la Comisión acerca de si una inversión cumple el criterio del inversor privado requiere un complejo análisis económico del comportamiento del operador público (7), en función de datos objetivos y verificables (8), y en el contexto de la época en que se adoptan las medidas controvertidas (9).

— Debe tener carácter selectivo, esto es, no favorecer sino a ciertas empresas o determinadas producciones, rompiendo el equilibrio existente entre ellas y sus competidoras. Quedan fuera del ámbito de aplicación

del artículo 107.1 del TFUE las medidas de carácter general, es decir, aquellas que se aplican automáticamente a las empresas de todos los sectores económicos de un Estado miembro. Un régimen o medida se considera selectivo cuando se aplica exclusivamente a una parte del territorio de los Estados miembros (ayudas regionales), a uno o varios sectores económicos concretos (ayudas sectoriales), o a determinadas actividades llevadas a cabo en cualquier sector económico o región (ayudas horizontales). Ahora bien, como veremos, medidas que, en principio, tienen carácter general son consideradas selectivas de facto por la Comisión y por el TJUE.

— Debe falsear o amenazar con falsear la competencia, afectando a los intercambios entre Estados miembros. Este requisito se cumple con mucha facilidad, pues basta con demostrar que el beneficiario desempeña una actividad económica y opera en un mercado en el que existen intercambios comerciales entre Estados miembros para que se considere cumplido (10).

Sin embargo, la prohibición general de ayudas de Estado no es absoluta ni incondicional, puesto que el artículo 107 establece, en sus apartados 2 y 3, una serie de excepciones a dicha prohibición a favor de ciertos tipos de ayudas públicas que, a pesar de que puedan de algún modo falsear la competencia e incidir sobre los intercambios comunitarios, se consideran beneficiosas para corregir determinados fallos o deficiencias del mercado, o porque persiguen determinados objetivos económicos o sociales de interés general comunitario. Ahora bien, tales excepciones deben interpretarse de forma estricta.

Las ayudas enumeradas en el artículo 107.2 del Tratado son compatibles de forma automática con el mercado interior, de modo que la Comisión se limita a verificar si la medida puede realmente incluirse en alguno de los supuestos de excepcionalidad (11). En cambio, el art. 107.3 TFUE recoge otros tantos supuestos en que las ayudas estatales «pueden ser declaradas compatibles» con el mercado interior, correspondiendo a la Comisión evaluar si concurre alguna circunstancia que haga que la ayuda sea compatible, tarea para la que dispone de una amplia discrecionalidad y que no ha estado exenta de controversias con los Estados miembros.

A lo largo del tiempo, la Comisión ha ido perfilando las condiciones precisas necesarias para autorizar las ayudas. Para evaluar si una medida de ayuda es compatible con el mercado interior, la Comisión tiene en cuenta si la medida tiene un objetivo bien definido de interés comunitario, si es adecuada y necesaria para el cumplimiento del mismo, y si es proporcional. Tales principios se han recogido, con el fin de proporcionar transparencia, previsibilidad y seguridad jurídica, en distin-

tos reglamentos, directrices, marcos comunitarios, comunicaciones, etcétera.

Como se ha señalado, la Comisión es la encargada de inspeccionar las ayudas públicas de los distintos Estados miembros (12). Para ello, efectúa un control previo sobre los proyectos de ayudas nuevas notificados por los Estados miembros a fin de determinar su compatibilidad o incompatibilidad con el mercado interior (artículo 108.3 TFUE) (13). La Comisión se pronuncia tanto sobre la existencia de una ayuda estatal (art. 107.1 TFUE) como sobre la aplicación de las excepciones al principio general de incompatibilidad de las ayudas, tarea para la que dispone, como ya se ha señalado, de un amplio margen de apreciación. Por su parte, los Estados miembros tienen la obligación de notificar a la Comisión los proyectos de ayudas nuevas (art. 108.3 TFUE), sin que puedan ejecutarlas hasta que recaiga decisión definitiva de la Comisión. Si la ayuda no es notificada o es ejecutada antes de que finalice el procedimiento formal de investigación, se entenderá que la ayuda es ilegal, y si, finalmente, es declarada incompatible con el mercado interior, el Estado afectado debe adoptar todas las medidas necesarias no sólo para eliminar o modificar la ayuda, sino también para recuperarla de sus beneficiarios con los correspondientes intereses (art. 108.2 TFUE).

El examen de la ayuda notificada consta de dos fases: una fase de examen previo (dos meses) y otra de investigación formal (dieciocho meses). Si, tras el examen previo, la Comisión tiene dudas sobre la compatibilidad de la medida, iniciará la investigación formal. La decisión que ponga fin al procedimiento podrá declarar: que la medida no es ayuda; que lo es, pero es compatible (decisión positiva); que es compatible si se cumplen determinadas condiciones (decisión condicional), o que se trata de una ayuda incompatible (decisión negativa) (14). Tratándose de ayudas ilegales, la Comisión podrá iniciar el procedimiento en cuanto tenga conocimiento de una presunta ayuda de este tipo. El procedimiento es similar al establecido para las ayudas notificadas (15), pero el incumplimiento del deber de notificación por parte del Estado miembro introduce algunas diferencias relevantes que modulan las obligaciones de la Comisión. Por ejemplo, la Comisión no está sometida a los plazos previstos para el control de las ayudas notificadas, sino a resolver en un plazo razonable atendiendo a las circunstancias del caso.

Por último, es conveniente subrayar que el Plan de Acción de Ayudas Estatales (en adelante PAAE), presentado por la Comisión en junio de 2005 (16), tenía por finalidad reducir el número de ayudas concedidas por los Estados miembros y reorientarlas hacia fines de interés comunitario (investigación y desarrollo, medio ambiente, etc.). En particular, la Comisión se marcó como objetivos prioritarios: lograr que las normas sobre

ayudas estatales contribuyeran mejor a los objetivos de la *Estrategia de Lisboa*, esto es, la mejora de la competitividad de la industria europea y la creación de empleo; adaptar la política y el control de las ayudas de Estado al nuevo escenario de la Unión ampliada, y reducir la creciente complejidad de las normas sobre ayudas de Estado, haciendo más predecible y transparente su control y mejorando y reforzando la cooperación de los Estados miembros.

En virtud del PAAE, en los últimos años han sido revisados y adoptados diversos textos sobre ayudas estatales. El más importante es el Reglamento General de Exención por Categorías (RGECE). Con arreglo al RGECE, un buen número de ayudas estatales quedan dispensadas de la obligación de ser notificadas a la Comisión, siempre que cumplan los requisitos establecidos en esta norma (17). Si no concurren los criterios establecidos para considerar aplicable el RGECE, la ayuda deberá ser notificada a la Comisión, que evaluará su compatibilidad sopesando sus efectos positivos y negativos, y atendiendo, en su caso, a los marcos, directrices o comunicaciones que corresponda para apreciar su adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Asimismo, el propósito de simplificación de los procedimientos de ayuda estatal pretendido por el PAAE se ha materializado en la introducción de un procedimiento simplificado (18), que no resulta aplicable a las medidas notificadas en el contexto de la actual crisis financiera con arreglo a las comunicaciones aprobadas a tal efecto, y en la aprobación de un Código de Buenas Prácticas (19), centrado en la importancia de los contactos previos a la notificación entre la Comisión y el Estado notificador de la medida, que advierte que las características específicas de un determinado asunto —por ejemplo, una medida de ayuda adoptada en el contexto de la crisis bancaria— puede hacer necesario adaptar las previsiones del Código o apartarse de él.

III. AYUDAS DE ESTADO Y FISCALIDAD

1. El requisito de la selectividad: orientaciones recientes

Aunque los Estados miembros tienen, en principio, competencia exclusiva en materia de fiscalidad directa, su soberanía en este ámbito se ha visto paulatinamente limitada por el Derecho de la UE, esencialmente a través de dos vías: por un lado, la salvaguardia de las libertades fundamentales de establecimiento y circulación dentro de la UE, que no pueden obstaculizarse de forma injustificada mediante normas fiscales nacionales; por otro lado, por el control de las ayudas de Estado, cuya competencia exclusiva corresponde a la Comisión (20), bajo la supervisión del TJUE.

Dado que las ayudas de Estado pueden adoptarse «bajo cualquier forma», las medidas de carácter fiscal pueden ser un tipo de ayuda estatal indirecta cuando concurren todos los elementos necesarios para ello y la cuantía de la ayuda supera el umbral mínimo establecido en el Reglamento *de minimis*. De hecho, en la actualidad, las ayudas fiscales constituyen uno de los tipos de ayudas estatales más importantes (21). A su vez, las ayudas fiscales pueden adoptar distintas formas, como reducciones de la base imponible derivadas de deducciones excepcionales, amortizaciones extraordinarias o aceleradas; reducciones totales o parciales de la cuantía del impuesto como consecuencia de exenciones, créditos fiscales, tipos impositivos reducidos; diferimiento o renegociación de la deuda tributaria, otras facilidades de pago de tributos, negligencia en su recaudación, etcétera.

En tanto que uno más de los distintos instrumentos de ayuda susceptibles de ser empleados por los Estados miembros, son aplicables a las ayudas fiscales los principios y reglas generales en la materia. No obstante, en 1998, la Comisión publicó la Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas —en adelante, Comunicación de 1998 (22)—, con la finalidad de ofrecer orientaciones sobre la posición de la Comisión en relación con los criterios que han de concurrir para estar en presencia de una ayuda de Estado de carácter fiscal, sobre la compatibilidad con el mercado interior de este tipo de ayudas y sobre cuestiones relativas al procedimiento de control de las mismas. Aunque, en principio, la Comunicación sólo se refiere a la imposición directa de las empresas, los criterios establecidos en ella son también aplicables en relación con las normas en materia de tributos indirectos, como han advertido el Informe de 2004 sobre la aplicación de dicha Comunicación (23) y la jurisprudencia comunitaria (24).

Uno de los problemas más importantes que se plantean en relación con las ayudas de carácter fiscal es la interpretación del elemento de la «selectividad», porque, aunque teóricamente pueda parecer sencillo diferenciar entre una medida general y otra selectiva, en la práctica la distinción se torna especialmente delicada, particularmente en el ámbito tributario, donde «todo sistema de bonificación fiscal tiene por efecto exonerar a un conjunto o una categoría de contribuyentes de las obligaciones que comporta el régimen común» (25).

Seguidamente, analizaremos algunos de los pronunciamientos recientes más interesantes de la Comisión y del TJUE sobre este elemento, tanto en su vertiente material como territorial.

Para estar en presencia de una ayuda estatal es preciso que se trate de una ventaja económica a favor de

determinadas empresas o producciones. Acerca del significado del término «empresa», es interesante hacer una breve referencia a dos recientes sentencias relacionadas con el sector financiero.

La primera de ellas es la STJCE de 10 de enero de 2006, asunto C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros* (26), relativa a una normativa italiana por la que se eximía de la aplicación de una retención a cuenta del impuesto exigible sobre los dividendos distribuidos por las sociedades a las entidades nacidas del proceso de privatización de instituciones crediticias y, en particular, a las fundaciones bancarias que sustituyeron a las cajas de ahorros tradicionales. El Tribunal afirmó que no cabe excluir la aplicación del régimen de ayudas de Estado a los beneficios fiscales vinculados a «actividades económicas» desarrolladas por fundaciones y demás entidades sin ánimo de lucro que tengan un efecto distorsionador sobre la competencia, incluso si se trata de actividades relacionadas con los fines especialmente protegidos contenidos en su ley reguladora. Una fundación o entidad sin ánimo de lucro puede considerarse «empresa» a efectos de las normas sobre ayudas de Estado en dos supuestos: por un lado, si ella misma ejerce directamente una actividad económica que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado; por otro, si las fundaciones y demás entidades sin ánimo de lucro intervienen directa o indirectamente en la gestión de las empresas en las que participan, más allá del ejercicio de los derechos de que disponen en calidad de accionistas.

En la misma línea, las SSTPI de 4 de marzo de 2009, asunto T-445/05, *Associazione italiana del risparmio gestito y Fineco* (27) y asunto T-424/05, *Italia/Comisión* (28), responden a los recursos de anulación interpuestos frente a la Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2005 (29), relativa al régimen de ayudas ejecutado por Italia para determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios especializados en acciones de sociedades de pequeña y mediana capitalización cotizadas en mercados regulados. La medida, no notificada a la Comisión, establecía que, siempre que se cumplieran determinados requisitos específicos, el rendimiento del capital correspondiente a los instrumentos de inversión especializados en acciones de sociedades de pequeña y mediana capitalización, cotizadas en un mercado regulado de la UE, estaría sujeto a un impuesto sustitutivo del 5 por 100, en lugar del impuesto de sociedades al tipo ordinario del 12,5 por 100. Los recurrentes sostenían que la medida analizada no constituye una ventaja a favor de determinadas empresas o producciones, fundamentalmente porque ni los beneficiarios de la medida ni los instrumentos de inversión constituyen empresas a los efectos del artículo 107.1 del Tratado. En relación con los beneficiarios de la medida, el

Tribunal recuerda que la jurisprudencia comunitaria admite que una ventaja directamente concedida a determinadas personas físicas o jurídicas que no sean necesariamente empresas puede constituir una ventaja indirecta para otras personas físicas o jurídicas que sí se consideren empresas. La medida controvertida confiere una ventaja selectiva indirecta para los instrumentos de inversión especializados (cuando adoptan la forma de sociedad) o para las empresas que los gestionan (cuando dichos instrumentos carecen de personalidad jurídica), pues el incremento de las participaciones suscritas implicará necesariamente un aumento de liquidez y de las comisiones de gestión y de suscripción recibidas por estos instrumentos o por las empresas que lo gestionan.

En el ámbito tributario, la «ventaja» se concibe como una excepción a la aplicación del sistema tributario general, esto es, como una derogación de la norma general, con independencia de la forma en que se instrumente la excepción. Dicha ventaja debe, además, ser selectiva, es decir, favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen (30). Ahora bien, la medida fiscal no se considerará selectiva (y, por tanto, no será ayuda estatal) cuando el tratamiento diferenciado esté justificado por la «naturaleza y economía del sistema» tributario (31). Ello sucederá cuando el tratamiento diferenciado derive directamente de los principios fundadores o directivos del sistema fiscal del Estado miembro (capacidad económica, igualdad), o cuando se trate de medidas cuya racionalidad económica las haga necesarias y funcionales con respecto a la lógica y la eficacia del sistema fiscal. En todo caso, sólo se admiten justificaciones basadas en los objetivos inherentes o características intrínsecas del propio sistema fiscal (32), y el principio de proporcionalidad constituye un límite al tratamiento diferenciado amparado por la excepción (33).

Especialmente interesante, en la medida en que precisa el proceso lógico que debe seguirse para apreciar el requisito de la selectividad, es la STPI de 18 de diciembre de 2008, *Gibraltar y Reino Unido/Comisión*, asuntos acumulados T-211/04 y T-215/04 (34), sobre el proyecto de reforma de la imposición societaria en Gibraltar (35), considerado selectivo, tanto material como geográficamente, por la Comisión (36). El Tribunal señala que los pasos a dar para verificar la existencia de una ventaja selectiva son: 1) identificar el régimen común o «normal» del sistema fiscal aplicable en la zona geográfica que constituye el marco de referencia pertinente, para apreciar si la medida es una excepción al mismo; 2) apreciar y determinar el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate, al establecer un trato diferenciado entre

operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal del Estado miembro de que se trate, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable; 3) analizar si la medida, pese a introducir una diferencia con respecto al régimen fiscal común o normal, está justificada por la naturaleza y la estructura de su sistema fiscal (37).

Para el Tribunal no basta con que la Comisión identifique un sistema fiscal o unos objetivos en abstracto, sino que debe concretar cuál es el sistema fiscal normal o general asumido por un Estado miembro y sus principios inspiradores, ya que la Comisión no puede sustituir a los Estados miembros en la definición de su sistema tributario. En cambio, una vez verificado el sistema fiscal normal o general y el carácter selectivo a priori de la medida controvertida, corresponde a los Estados miembros demostrar que la eventual ventaja está justificada en la naturaleza o economía del sistema en que se integra.

El Tribunal anula la decisión de la Comisión por no haber seguido ninguna de las fases del análisis relativo a la determinación de la selectividad, ya que no identificó ni examinó previamente el sistema fiscal gibraltareño común o normal y sus principios informadores, con respecto al cual los impuestos sobre el número de empleados y sobre ocupación de superficie podían constituir una excepción; no demostró suficientemente que los elementos selectivos identificados constituyeran excepciones al régimen fiscal común o normal, y no llevó a cabo una apreciación de la eventual justificación de ese supuesto carácter excepcional basada en la naturaleza o estructura general del sistema fiscal introducido por la reforma (38). El Tribunal considera que la Comisión, al cuestionar la fundamentación de la elección realizada por las autoridades gibraltareñas por lo que respecta a los elementos constitutivos del régimen común o normal del referido sistema fiscal, sobrepasó los límites de su control. En concreto, el TPI afirma: «ese sistema se basa, en esencia, en dos objetivos —a saber, gravar el uso de dos factores de producción escasos y respetar la capacidad contributiva de las sociedades— que han sido establecidos por las autoridades de Gibraltar en el ejercicio de sus competencias en materia fiscal y en la medida en que, por otra parte, en el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario, no existe un estándar armonizado relativo al régimen “común” o “normal” de un sistema fiscal nacional» (39).

Al margen del proceso lógico para apreciar la existencia de selectividad, también es preciso subrayar los problemas generados por el propio significado y alcance del elemento «selectividad». La Comisión y la jurisprudencia comunitaria consideran que el concepto de ayuda de Estado comprende cualquier medida que suponga una ventaja económica a favor de una o varias empresas con independencia de la finalidad persegui-

da con aquélla, ya que el concepto de ayuda estatal no distingue según las causas o los objetivos de las tales medidas, sino que las define en función de sus efectos (40). La doctrina de los efectos contribuye a ampliar notablemente el concepto de ayuda estatal y, en determinados casos, a generar confusión sobre su alcance y límites, ya que no sólo son selectivas aquellas medidas que benefician a una sola empresa o un conjunto de ellas (41), a ciertas categorías de empresas con características comunes (42), a uno o varios sectores de la economía (43), o a ciertas producciones o actividades dentro de un sector (44), sino que medidas en principio generales (no destinadas a sectores específicos) también pueden considerarse selectivas de facto si: 1) han sido diseñadas o articuladas de tal forma que queden reservadas o estén destinadas a un número limitado de operadores; 2) reconocen ciertas facultades discrecionales en su aplicación a las autoridades nacionales, o 3) son susceptibles de influir en el comercio a favor de las empresas estatales (Martín Jiménez, 2001: 98).

En el plano de la selectividad material, un aspecto especialmente polémico es si las medidas fiscales específicas concebidas por los Estados miembros para ciertas formas de empresa u operaciones intragrupo son o no selectivas. Este problema se planteó a raíz de la apertura por parte de la Comisión, el 11 de junio de 2001, de procedimientos formales de investigación, en virtud del artículo 108.2 del TFUE, frente a un buen número de regímenes fiscales preferenciales para empresas multinacionales existentes en varios Estados miembros, la mayoría de los cuales se consideraron perniciosos por el Grupo del Código de Conducta (45). No obstante, la selectividad de estos regímenes fiscales se constató a partir de determinadas limitaciones establecidas por la normativa nacional que impedían que todos los grupos de empresas pudieran acceder a la aplicación de la medida, reduciéndolos a determinados esquemas o estructuras (46). Tales limitaciones se referían, por ejemplo, a las funciones, actividades o servicios a realizar (v.gr. funciones de dirección, gestión, coordinación o control, servicios financieros, actividades aseguradoras, etcétera), a la pertenencia a un grupo internacional con presencia geográfica en un determinado número de países extranjeros y cuya matriz estuviese situada en el extranjero, o a la exigencia de un capital y una facturación muy elevados. En algunas de ellas se apreció un excesivo margen de discrecionalidad en la actuación de las autoridades nacionales, o la aplicación del régimen a empresas propiedad de no residentes que no podían operar en el mercado interno (*ring fenced*). Por tanto, la cuestión de si una medida cuya aplicación se restringe a operaciones intragrupo, sin mayores limitaciones, constituía una medida selectiva resultaba incierta.

En este contexto, es muy interesante la Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2009 relativa al régimen fis-

cal neerlandés de intereses intragrupo (*groepsrentebox*) (47). Dicho régimen tiene por finalidad garantizar la neutralidad fiscal en la financiación de empresas del mismo grupo, con independencia de que dicha financiación se efectúe por medio de inyecciones de capital o préstamos. Para ello, establece que los intereses pagados y recibidos en el contexto de la financiación intragrupo no estarán sujetos al tipo general del 25,5 por 100. El balance positivo entre los intereses pagados y recibidos en dicho contexto se gravará al tipo del 5 por 100. Si el balance es negativo, será deducible, pero al tipo reducido del 5 por 100. La cantidad que puede ser gravada/deducida al tipo reducido se limita a un porcentaje de los fondos propios del contribuyente. Tal porcentaje se determina por referencia al tipo neerlandés nominal vigente en el cuatrimestre en que el ejercicio financiero finaliza. Con esta limitación se trata de evitar que empresas infracapitalizadas abusen de la medida.

Aunque en su decisión de apertura del procedimiento formal de examen la Comisión consideró que el régimen constituía una ventaja selectiva a favor de los grupos de empresas multinacionales (48), en la decisión final del asunto la Comisión entiende, de acuerdo con las autoridades holandesas, que el régimen pretende aproximar la tributación de dividendos e intereses, y que las operaciones de préstamo entre empresas vinculadas no se encuentran en una situación comparable a las operaciones de préstamo entre empresas independientes. Además, el régimen está abierto a cualquier empresa sujeta al impuesto sobre sociedades que reciba/pague intereses en el contexto de relaciones intragrupo (sin exclusión de ningún sector ni empresa en función de su tamaño), no incluye ningún elemento discriminatorio (como una limitación relativa al país en que la transacción tiene lugar) y tiene carácter obligatorio. Por otra parte, la Comisión advierte que cualquier ventaja obtenida en un contexto transnacional que exceda de la ventaja obtenida en un contexto nacional no es el resultado del tipo impositivo menor previsto por la legislación holandesa para los intereses intragrupo recibidos, sino el resultado de una deducción ilimitada de los intereses intragrupo pagados en el extranjero. La Comisión pone de relieve que en el estado actual del Derecho de la UE, donde los tipos de gravamen del impuesto sobre sociedades no están armonizados, Holanda no puede controlar los tipos aplicables en otros países. Si las empresas estructuran sus operaciones para sacar el máximo partido de la diferencia de tipos impositivos, los Estados miembros no pueden considerarse responsables de ello (49). En consecuencia, la Comisión considera que cualquier ventaja para un grupo multinacional que resulte de una situación transfronteriza, como la descrita en la decisión de apertura, es el resultado de las disparidades fiscales existentes entre las jurisdicciones fiscales, y debe excluirse del ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado.

En definitiva, la Comisión concluye que el régimen notificado no es selectivo, sino una medida de carácter general. Es conveniente destacar, a efectos de este trabajo, que la Comisión reconoce que, aunque el régimen controvertido puede beneficiar especialmente al sector financiero —cuya actividad principal es la realización de préstamos en el mercado y que también puede realizar tal actividad con entidades del mismo grupo—, el hecho de que los grupos de empresas pertenecientes al sector financiero se beneficien más de la medida no la convierte en selectiva. La Comisión tiene en cuenta que el legislador neerlandés ha introducido una regla que limita el importe que puede gravarse/deducirse al tipo reducido de gravamen, aplicable especialmente al sector financiero, con la finalidad de evitar una aplicación abusiva de la medida. Y recuerda que en su Comunicación de 1998 ya señaló que el hecho de que algunas empresas o sectores se beneficien más que otros de las medidas fiscales no significa necesariamente que éstas constituyan ayudas estatales.

Argumentos similares han sido aplicados en la Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 sobre el régimen de intereses intragrupo húngaro (50), en la que sí se ha apreciado la existencia de ayuda estatal, porque el régimen no está abierto a todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades que reciben o pagan intereses intragrupo (se excluye a las entidades financieras y las pequeñas y medianas empresas) y, además, tiene carácter opcional.

Pese a las diferencias existentes entre los asuntos neerlandés y húngaro, la fundamentación empleada por la Comisión es similar, y a partir de ella puede extraerse alguna conclusión relevante en relación con la diferenciación entre medida tributaria general (que no constituye ayuda de Estado) y selectiva. En concreto, de ambas decisiones se desprende que el hecho de que una medida tributaria se reserve exclusivamente a los grupos de empresas o a operaciones realizadas en el marco de grupos de empresas no implica, por sí solo, que sea selectiva (51). Si ese tratamiento diferenciado trata de dar respuesta a problemas específicos planteados en el contexto de los grupos empresariales y es aplicable de manera uniforme y no discriminatoria a todos ellos, se estará ante medidas tributarias de carácter general aplicables en un contexto particular.

Otro asunto interesante, en la medida en que pone de manifiesto las dificultades existentes a la hora de establecer límites al elemento de la selectividad material, es el caso *British Aggregates Association*, relativo al impuesto británico sobre los áridos, que grava la utilización y comercialización de áridos vírgenes. La Comisión decidió no plantear objeciones a la exclusión de determinados materiales del ámbito de aplicación del impuesto y a la exención de las exportaciones, pues, a su juicio, el

impuesto sobre los áridos es un impuesto especial, cuyo ámbito de aplicación es muy limitado, definido por el Estado miembro en función de las características propias del sector afectado, y las exclusiones de determinados materiales de su ámbito de aplicación, así como las exenciones establecidas encuentran justificación en la naturaleza y sistema general del gravamen (52). El TPI confirmó el parecer de la Comisión y señaló que «un impuesto ecológico es una medida fiscal autónoma caracterizada por su finalidad medioambiental y su base imponible específica», y que, por ello, «no puede, en principio, trasladarse a ningún régimen general». El régimen fiscal controvertido no podía considerarse selectivo, pues «los impuestos ecológicos constituyen, por definición, medidas específicas adoptadas por los Estados miembros como parte de sus políticas medioambientales, ámbito en el que siguen siendo competentes». El no sometimiento a gravamen de determinados áridos y la exención de otros no tiene ningún carácter excepcional en relación con el régimen del impuesto ecológico examinado, pues son coherentes con los objetivos medioambientales perseguidos por el impuesto (53).

Sin embargo, la STJCE de 22 de diciembre de 2008, asunto C-487/06 P, anuló la STPI, al considerar que ésta no está en línea con su asentada jurisprudencia según la cual el artículo 87.1 TCE (actual art. 107.1 TFUE) no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos. El planteamiento del TPI, «basado únicamente en la consideración del objetivo medioambiental perseguido, excluye, a priori, la posibilidad de calificar de “ventaja selectiva” la no sujeción de operadores que se encuentran en situaciones comparables con respecto al objetivo perseguido, y ello independientemente de los efectos de la medida fiscal de que se trate, a pesar de que el artículo 87 CE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos». El TJCE concluye, contrariamente a lo establecido por el TPI, que «las exigencias relativas a la protección del medio ambiente, por legítimas que sean, no justifican la exclusión de medidas selectivas, aunque sean específicas, como los impuestos ecológicos, del ámbito de aplicación del art. 87 CE (...), pudiendo, en todo caso, tener en cuenta eficazmente los objetivos medioambientales al apreciar la compatibilidad de la medida de ayuda de Estado con el mercado común». Por tanto, aunque «una medida fiscal específica justificada por la lógica interna del sistema fiscal escapa a la aplicación del artículo 87 TCE», el simple hecho de que nos encontremos con un impuesto ecológico, no justifica que no nos hallemos con una medida selectiva contraria al Derecho comunitario (54). El TJCE confirma de nuevo la doctrina de los efectos en relación con el concepto de ayuda de Estado y, particularmente, con las ayudas estatales de naturaleza tributaria.

Por otra parte, en relación con el criterio de selectividad territorial o geográfica, la STJCE de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03, relativa a la adaptación del sistema tributario portugués a las particularidades de la región autónoma de las Azores en lo relativo a la reducción de los tipos del impuesto sobre la renta, ha aclarado qué requisitos deben concurrir para que los territorios que disponen de autonomía tributaria puedan ejercitarla sin necesidad de seguir el régimen tributario aplicable en el resto del Estado, y sin que ello suponga una vulneración del artículo 107.1 del TFUE. Los criterios establecidos en la sentencia *Azores* han sido posteriormente reiterados en los asuntos *País Vasco* (55) y *Gibraltar* (56).

El Tribunal de Justicia señala que no siempre el marco de referencia desde el que apreciar la selectividad de una medida fiscal coincidirá con el territorio nacional en su conjunto. En efecto, el Tribunal parte de la premisa general de que es posible que un ente regional o municipal goce de una posición legal y fáctica que le haga suficientemente autónomo en relación con el gobierno central del Estado miembro y le permita jugar un papel fundamental en la definición del ambiente político y económico en el que operan las empresas. En tal caso, el marco de referencia para determinar la generalidad o selectividad de la medida fiscal es el territorio en el que la entidad subcentral ejerce su competencia. A continuación, el Tribunal reconoce que en un sistema constitucional en el que todas las autoridades de un determinado nivel (regional o municipal) tengan atribuida la competencia de fijar tipos impositivos propios (en relación o no con un tipo impositivo nacional) no existirá medida selectiva, puesto que no es posible encontrar una norma nacional de referencia. Sin embargo, en los sistemas asimétricos de reparto de competencias (cuando el tipo impositivo inferior al aplicable en el resto del territorio del Estado es fijado por una entidad regional o municipal), el Tribunal exige el cumplimiento de tres condiciones para que la medida fiscal pueda considerarse el marco de referencia: 1) autonomía institucional, esto es, que la decisión sea adoptada por una entidad regional o local con su propio estatuto constitucional, político y administrativo independiente del gobierno central; 2) autonomía procedimental, es decir, que la decisión sea adoptada por la autoridad regional o local siguiendo un procedimiento en el cual el gobierno central no tenga poder alguno para intervenir directamente en su contenido; 3) autonomía económica o financiera, esto es, que el tipo más reducido aplicable a la región o municipio no debe ser compensado con subvenciones procedentes de otras regiones o del gobierno central, de modo que debe ser la propia región o municipio que introduce la medida la que soporte las consecuencias financieras que deriven de ella.

En el caso de España, la problemática de la selectividad geográfica se ha puesto en relación con la potes-

tad tributaria de los territorios históricos del País Vasco y Navarra. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 declaró nulos diversos preceptos de las normas forales del Impuesto sobre Sociedades de los territorios históricos del País Vasco (entre ellos, el establecimiento de un tipo de gravamen sensiblemente inferior al aplicable en el resto del territorio español), al considerar que tales normas podían constituir ayudas estatales ilegales, sin plantear cuestión prejudicial. Sin embargo, la STJCE de 11 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de la Rioja y otros* (57), siguiendo la jurisprudencia *Azores* y *Gibraltar*, admite la autonomía institucional, procedimental y económica de tales territorios. Gozan de autonomía institucional porque cuentan con un estatuto constitucional, político y administrativo propio, reconocido en la Constitución Española, en el Estatuto de Autonomía y en el Concierto Económico. Por lo que se refiere a la autonomía procedimental, el Tribunal advierte que la obligación de que una entidad infraestatal tome en consideración el interés del Estado al objeto de respetar los límites de las competencias atribuidas a dicha entidad no constituye, en principio, un elemento que menoscabe la autonomía en materia de procedimiento de ésta cuando adopte una decisión dentro de los límites de esas competencias. Del examen del Derecho nacional aplicable se desprende que no cabe concluir que el gobierno central pueda intervenir directamente en el proceso de adopción de una norma foral para imponer la observancia de principios como el de solidaridad o el de armonización fiscal. En lo que atañe a la autonomía económica y financiera, el Tribunal, tras reconocer la complejidad del método de cálculo del cupo y exponer brevemente su forma de determinación, rechaza la alegación de la Comisión según la cual el coeficiente de imputación está infravalorado y, en consecuencia, los territorios históricos contribuyen menos de lo que debieran a las cargas del Estado. A juicio del TJCE, «una infravaloración de dicho coeficiente tan sólo puede constituir un indicio de una falta de autonomía económica de los Territorios Históricos. Ahora bien, debe existir una compensación, es decir, una relación de causa a efecto entre una medida tributaria adoptada por las autoridades forales y los importes puestos a cargo del Estado español». No obstante, el Tribunal afirma que corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si el proceso de fijación del cupo «tiene por objeto permitir al Gobierno central compensar el coste de una subvención o de una medida tributaria favorable a las empresas adoptada por los Territorios Históricos» y si la metodología adoptada y los datos económicos tomados en consideración para su cálculo «puede tener como efecto que el Estado español compense las consecuencias de una medida tributaria adoptada por las autoridades forales». La Comisión alega, asimismo, que existen otras muchas transferencias financieras, tanto declaradas como ocultas, que compensan las medidas

fiscales de reducción de impuestos. No obstante, el Tribunal puntualiza que «el mero hecho de que se deduzca de una apreciación global de las relaciones financieras entre el Estado central y sus entidades infraestatales que existen transferencias financieras de dicho Estado hacia estas últimas no basta, en cuanto tal, para demostrar que dichas entidades no asumen las consecuencias financieras de las medidas fiscales que adoptan y, por tanto, que no gozan de autonomía financiera, ya que tales transferencias pueden explicarse por motivos que no tengan relación alguna con las referidas medidas fiscales» (58). Finalmente, varias Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de diciembre de 2008 han concluido, en relación con el cupo, que el sistema es adecuado desde la perspectiva del régimen de las ayudas de Estado.

No obstante, permanece abierta la cuestión de si resulta aplicable a las comunidades autónomas de régimen común la jurisprudencia comunitaria sobre la selectividad geográfica. En caso de respuesta afirmativa (si se entendiese que éstas disponen de aquella triple autonomía), el marco de referencia para analizar el carácter general o selectivo de la medida fiscal sería el territorio de la Comunidad. En caso contrario, el marco de referencia sería el territorio del Estado, lo que implicaría reconocer la selectividad de la medida fiscal. La doctrina ha advertido que, en el ámbito de las comunidades autónomas de régimen común, los tributos que podrían plantear problemas desde la óptica de las ayudas de Estado son los impuestos cedidos y los tributos propios, ya que el ejercicio de competencias normativas sobre aspectos esenciales de tales tributos puede derivar en tratamientos diferenciados en función del territorio en que resida el obligado tributario (59).

2. Breve referencia al caso español

La legislación tributaria española no ha escapado al control de sus normas a la luz del artículo 107 del TFUE. En el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, se han visto especialmente afectados los artículos 37 (deducción por actividades de exportación) y 12.5 (amortización fiscal del fondo de comercio financiero) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto (TRLIS).

La STJCE de 15 de julio de 2004, *España/Comisión*, C-501/00 (60), declaró la incompatibilidad con el artículo 4 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) del artículo 34 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades español, precepto que permitía la deducción en cuota de los gastos derivados de la creación de infraestructura exportadora en el exterior (en forma de sucursales y filiales) y de determinados gastos vinculados con el

lanzamiento de productos nuevos y prospección de mercados en el extranjero, o con la participación en ferias internacionales. A juicio del Tribunal, la deducción fiscal sólo beneficiaba a una categoría de empresas, las que realizaban actividades de exportación y efectuaban las inversiones detalladas en la norma controvertida, y rechazó que la medida pudiera justificarse por la necesidad de favorecer los intercambios internacionales. Tras esa sentencia, era patente que la deducción por actividad exportadora del artículo 37 del TRLIS constituía una ayuda estatal, y así fue declarado por la Comisión, que, no obstante, no exigió la devolución de las ayudas concedidas al entender que se trataba de una ayuda existente, ordenando su eliminación gradual y total supresión a partir del 1 de enero de 2011 (61).

La Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 también ha considerado incompatible con el mercado interior la amortización fiscal del fondo de comercio financiero (62). El artículo 12.5 del TRLIS, en vigor desde el 1 de enero de 2002, permite a las empresas sometidas a tributación en España que adquieran una participación significativa (de, al menos, un 5 por 100) en fondos propios de entidades no residentes (que cumplan ciertos requisitos) amortizar el fondo de comercio financiero (diferencia entre el coste de adquisición de una acción de una empresa y el valor de mercado de los activos materiales e inmateriales de la empresa adquirida) en tramos anuales iguales, durante los veinte años siguientes a la adquisición. Debe tenerse en cuenta que el contexto en el que se examinó este asunto por parte de la Comisión es el de importantes procesos de adquisición de participaciones de empresas extranjeras por multinacionales españolas, lo que suscitó las quejas de las empresas competidoras en dichos procesos, que denunciaban que el mayor precio ofrecido por las empresas españolas se recuperaba por medio de la reducción de su carga fiscal que suponía el art. 12.5 del TRLIS. En un principio, la Comisión no prestó demasiada atención a esas quejas, y en varias respuestas a preguntas parlamentarias afirmó que, de acuerdo con la información disponible, las normas tributarias españolas relativas al fondo de comercio tenían carácter general (63). Sin embargo, la formulación de nuevas preguntas motivó la apertura del procedimiento de investigación formal (64). En su decisión final sobre el asunto, la Comisión estima que el artículo 12.5 del TRLIS, cuando resulta aplicable a las adquisiciones de participaciones de sociedades residentes en la UE, cumple cumulativamente los requisitos de una ayuda estatal (65). Una vez más, el elemento clave es la selectividad. La Comisión entiende que la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS exclusivamente a la adquisición de participaciones en un contexto comunitario, dejando fuera operaciones análogas de carácter interno, supone un tratamiento diferenciado de situaciones comparables que carece de una justificación objetiva. Para la Comisión,

el artículo 12.5 del TRLIS constituye una excepción al tratamiento fiscal de la adquisición de participaciones en el régimen general del Impuesto sobre Sociedades español que no es ni necesaria ni proporcional habida cuenta de la lógica del sistema español. La Comisión estableció un paralelismo entre este asunto y el relativo a la deducción española por actividad exportadora anteriormente estudiado, para concluir que es desproporcionado que se imponga un gravamen nominal y efectivo sustancialmente distinto a empresas en situaciones comparables únicamente porque algunas de ellas realicen actividades relacionadas con la exportación o persigan oportunidades de inversión en el extranjero.

Aunque el artículo 12.5 del TRLIS constituye una ayuda ilegal al haber sido aplicado sin notificación previa, la Comisión acepta la existencia de confianza legítima en los beneficiarios de la medida basada en las respuestas a las preguntas parlamentarias escritas en las que se afirmaba el carácter general de la medida. Por ello, se limitan los efectos de la declaración de ilegalidad de la ayuda y se diferencian dos períodos:

1) El comprendido entre el 1 de enero de 2002 (fecha de entrada en vigor de la medida) y el 21 de diciembre de 2007 (fecha de publicación en el *Diario Oficial* de la apertura del procedimiento de investigación formal). Las participaciones adquiridas por los beneficiarios en este período podrán aplicar el artículo 12.5 del TRLIS durante todo el período de amortización (anterior o posterior al 21 de diciembre de 2007). Esta regla también se aplica a las empresas españolas que, antes del 21 de diciembre de 2007, hubieran convenido una obligación irrevocable de adquirir participaciones, pendiente de aprobación por las autoridades reguladoras, cuando el contrato contenga una condición suspensiva vinculada a la obtención de dicha autorización y la transacción se haya notificado antes de aquella fecha, pero sólo en la parte de la participación que cumpla tales condiciones.

2) El posterior a la publicación de la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal en el *Diario Oficial*. En este caso se recuperará del beneficiario el incentivo concedido más los intereses correspondientes, salvo que la ayuda esté dentro de los límites máximos admitidos en el Reglamento (CE) n.º 994/98, vigente en el momento de concesión de la ayuda (66).

En relación con el tratamiento fiscal de las cooperativas, la STPI de 12 de diciembre de 2006, *Asociación de Empresarios de Estaciones de Servicio de la Comunidad de Madrid y Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comisión*, asunto T-146/03 (67), anuló la Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2002, relativa a las medidas ejecutadas por España a favor del sector agrario tras el alza de los precios de los carburantes. La Comisión consideró que los beneficios fisca-

les de las cooperativas españolas especialmente protegidas encontraban justificación en «la naturaleza o economía del sistema», pues, como consecuencia de las dotaciones obligatorias a fondos no repartibles y el tratamiento diferenciado de la doble imposición, el retorno cooperativo soportaba una mayor carga fiscal que el dividendo de las sociedades de capital. Sin embargo, el TPI entiende que tal argumentación permite justificar los beneficios fiscales a favor de las cooperativas en el Impuesto sobre Sociedades, pero no es suficiente para explicar el carácter no selectivo de los beneficios fiscales a favor de las cooperativas en los impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Actividades Económicas y Bienes Inmuebles, por lo que anuló la Decisión por falta de motivación suficiente.

Asimismo, la STJCE de 11 de noviembre de 2004, *España/Comisión*, C-73/03 (68), desestimó el recurso de anulación interpuesto por España frente a una decisión de la Comisión que consideró ayuda estatal la prórroga para los años 2000 y 2001 de los beneficios fiscales aplicables a la transmisión de determinadas fincas rústicas y explotaciones agrícolas, consistentes en una tributación de las plusvalías en el marco del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, más favorable que el régimen normalmente aplicable. Frente al argumento esgrimido por las autoridades españolas según el cual los beneficios fiscales en la transmisión de explotaciones agrícolas se habían introducido para compensar a las empresas del sector agrícola español por no haber procedido a la rebaja del Impuesto sobre los carburantes (llevada a cabo, en cambio, en otros Estados miembros de la Unión Europea ante la subida del precio del crudo), el Tribunal recuerda que «el concepto de ventaja concedida a los beneficiarios de una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, se establece por comparación con otras empresas del mismo Estado miembro y no con empresas de otros Estados miembros» (69). Por consiguiente, la existencia de disposiciones fiscales comparables o competidoras en otros estados miembros no puede ser un argumento que sirva para justificar la concesión de ayudas fiscales, pues cada régimen debe analizarse en el contexto del sistema fiscal del Estado en cuestión.

Por último, el criterio de la selectividad de facto fue empleado para calificar como ayudas de Estado los créditos fiscales y reducciones de la base imponible contenidos en la normativa sobre imposición societaria de los territorios históricos vascos, que han ocasionado una fuerte litigiosidad a la luz del artículo 107.1 TFUE. Sobre la base de esa normativa, la Diputación Foral de Álava otorgó a la sociedad Daewoo Electronics Manufacturing España S.A. (DEMESA) y a las empresas Ramondín S.A. y Ramondín Cápsulas S.A. los referidos incentivos fiscales. Ello motivó la presentación de varias

denuncias ante la Comisión y la incoación por parte de ésta de los correspondientes procedimientos de control ex artículo 88 TCE (actual art. 108 TFUE), finalizando con la adopción de dos decisiones en las que se consideraba que las ventajas fiscales conferidas a tales sociedades eran incompatibles con el Derecho de la UE y se ordenaba la recuperación de éstas de sus beneficiarios (70). La Comisión consideró que se trataba de medidas de carácter selectivo, si bien, apreció la concurrencia de este requisito desde una perspectiva material y no territorial, señalando, por lo que se refiere al crédito fiscal, que el carácter de ventaja selectiva obedecía al poder discrecional de que gozaba la Administración para determinar qué inversiones podían disfrutar de dicha medida, dentro de qué plazos y con qué límites; al establecimiento de un límite mínimo de inversión, que limitaba de hecho la aplicabilidad del crédito fiscal a los grandes inversores, y al carácter temporal del crédito fiscal, que dejaba «a merced de las autoridades su concesión a determinadas empresas». En lo que atañe a la reducción en la base imponible para las empresas de nueva creación, el carácter selectivo resultaba especialmente del hecho de que sólo las empresas de nueva creación podían acceder a la ventaja fiscal, siempre que, además, invirtiesen determinada cantidad de dinero en el territorio y creasen un número mínimo de puestos de trabajo. Posteriormente, tanto el TPI (71), como el TJCE (72) ratificaron la incompatibilidad de las ventajas fiscales analizadas con el Derecho de la Unión Europea.

Tras la incoación de los procedimientos de control de las ayudas fiscales otorgadas a *DEMESA* y *Ramondín*, la Comisión evaluó, a la luz del artículo 87.1 TCE (actual artículo 107.1 TFUE), las propias disposiciones forales de los territorios históricos vascos en las que se establecían el crédito fiscal y la reducción de la base imponible en sus respectivos impuestos sobre sociedades. Así, en seis decisiones de 11 de julio de 2001, la Comisión declaró la incompatibilidad de tales disposiciones forales con el artículo 87.1 TCE, y ordenaba al Estado español la supresión de dichas normas y la recuperación, con intereses, de las ayudas ilegalmente concedidas sobre la base de las mismas (73). Igualmente, mediante decisiones de 20 de diciembre de 2001, la Comisión declaró la incompatibilidad de ciertas disposiciones forales en materia de imposición societaria a favor de la creación de empresas, consistentes en la exención temporal de dicho impuesto, siempre que las nuevas empresas cumplieren determinados requisitos relativos a la fecha de constitución, capital mínimo desembolsado y creación de puestos de trabajo (74). Nuevamente, la Comisión empleó el criterio de la selectividad de facto, pues, aunque las medidas tuvieran, en apariencia, carácter general, favorecían a un número limitado de empresas. Esta conclusión se obtenía de las condiciones normativas exigidas para la concesión de las ventajas fiscales (exclu-

sión de las empresas creadas antes de la entrada en vigor de la norma, exigencia de una inversión mínima y creación de número mínimo de puestos de trabajo) y al hecho de que las diputaciones forales correspondientes gozasen de facultades discrecionales para concretar los beneficiarios y las condiciones de aplicación de la ventaja fiscal. Asimismo, la Comisión afirma que el carácter objetivo de los umbrales establecidos no impide que sean selectivos excluyendo a las empresas que no cumplan las condiciones en cuestión. También en esta ocasión el parecer de la Comisión ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (75).

IV. EL CONTROL DE AYUDAS DE ESTADO EN EL ESCENARIO DE LA CRISIS FINANCIERA

1. Entre el respeto de los principios generales del sistema y la flexibilidad en su aplicación

La pregunta a la que intentará darse respuesta en las siguientes líneas es en qué medida la crisis financiera ha afectado al sistema comunitario de control de ayudas de Estado anteriormente descrito.

En primer lugar, la crisis financiera ha supuesto una notable flexibilización en la aplicación de las excepciones a la prohibición general de ayudas. En el primer estadio de la crisis, la Comisión recurrió al artículo 107.3.c) del TFUE y a las directrices comunitarias sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (en adelante, directrices SyR) (76), para autorizar las ayudas de los Estados miembros al sector bancario. Sobre esta base, la Comisión autorizó las ayudas a *Northern Rock* (77), *WestLB AG* (78), *Sachsen LB* (79), *Roskilde Bank A/S* (80), *Bradford & Bingley* (81) e *Hypo Real Estate Holding* (82). Tradicionalmente, la Comisión no ha ocultado sus reticencias sobre las ayudas de salvamento y reestructuración a empresas en dificultades pues, en su opinión, son las que afectan en mayor medida a la competencia (83). Por ello, la concesión de este tipo de ayudas sólo se considera legítima en determinadas circunstancias excepcionales y se examinan a la luz de las directrices SyR.

Sin embargo, con la agudización de la crisis financiera, tras la quiebra de *Lehman Brothers* en septiembre de 2008, los Estados miembros comenzaron a conceder cuantiosas ayudas estatales a bancos e instituciones financieras con el fin de asegurar la estabilidad financiera y proteger a los depositarios. En este escenario, el uso de las directrices SyR se consideró inadecuado para responder a las necesidades de una crisis que también afectaba a bancos que normalmente no pueden considerarse «empresas en dificultades» (84), por lo que surgió la necesidad de una actuación urgente por parte de la Comisión. El carácter esencial

del sector bancario como proveedor de crédito y liquidez al resto de la economía hacía indispensable una flexibilización del régimen de ayudas públicas para permitir temporalmente las intervenciones de rescate en este sector (Bourgeix, 2010: 34). Paralelamente, el 7 de octubre de 2008, el Consejo de Economía y Finanzas acordó la adopción de todas las medidas necesarias para reforzar la solidez y estabilidad del sistema bancario, a fin de restablecer la confianza y el adecuado funcionamiento del sector financiero (85). Se acordó que la intervención pública debía hacerse a escala nacional, pero en un marco coordinado y sobre la base de varios principios comunes de la Unión Europea (86).

En este contexto especial y excepcional, entre octubre de 2008 y agosto de 2009, la Comisión aprobó cuatro comunicaciones en las que indicaba cómo aplicaría las normas sobre ayudas estatales a las medidas de los gobiernos destinadas a apoyar al sector financiero en la crisis actual. Dichas comunicaciones son:

— «La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial»; desde ahora, *comunicación bancaria* (87).

— «La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia»; en adelante, *comunicación sobre recapitalización* (88).

— «El tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario»; desde ahora, *comunicación sobre activos deteriorados* (89).

— «La recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales»; en adelante, *comunicación sobre reestructuración en el sector financiero* (90).

A las comunicaciones anteriores hay que añadir el «Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera», que constituye un instrumento destinado a ayudar no sólo al sector financiero, sino a todos los sectores de la economía afectados por la crisis (91).

Si, hasta mediados de 2007, el objetivo de la Comisión en materia de ayudas de Estado era reducir las y reorientarlas hacia objetivos horizontales de interés comunitario (investigación y desarrollo, medio ambiente, empleo, etc.), la crisis ha obligado a la Comisión a

replantear su postura (D'Sa, 2009; 144; Estoa, 2010: 299) y a autorizar un importantísimo volumen de ayudas al sector bancario (92), cuando, en circunstancias normales, no suele tener buena opinión sobre las ayudas sectoriales y se ha mostrado reticente a autorizar ayudas públicas a empresas en dificultades, pues son las que distorsionan en mayor medida la competencia.

La base legal empleada por la Comisión para aprobar las ayudas de urgencia a favor del sector bancario ha sido el artículo 107.3.b) del TFUE, según el cual la ayuda puede ser compatible con el mercado interior cuando esté destinada a remediar una perturbación grave de la economía de un Estado miembro. La utilización de esta excepción es llamativa, no sólo porque apenas tiene precedentes en la historia del Derecho de la UE (93), sino también porque, tradicionalmente, la práctica de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria consideraban que dicha excepción debía aplicarse de forma estricta, y rechazaban que aquellas medidas que beneficiasen sólo a una empresa o a un sector pudieran considerarse como tendentes a poner fin a una grave perturbación de la economía de un Estado miembro (94).

Sin embargo, a juicio de la Comisión, la gravedad que ha alcanzado la crisis en los mercados financieros y su impacto en la economía global de los Estados miembros hace del artículo 107.3.b) del TFUE una base jurídica adecuada, en las actuales circunstancias, para autorizar tanto los regímenes generales diseñados para varias o todas las instituciones financieras de un Estado miembro como las intervenciones específicas o puntuales para el rescate de determinadas entidades. Además, este precepto también se ha empleado para autorizar ayudas a otros sectores, siempre que se genere un riesgo comparable al que afecta al sector bancario y que tenga un impacto inmediato sobre la economía de un Estado miembro en su totalidad.

En cualquier caso, la Comisión insiste en la importancia de que el art. 107.3.b) del TFUE tenga una interpretación restrictiva de lo que puede ser una perturbación grave en la economía de un Estado miembro, de acuerdo con la jurisprudencia y la práctica de la Comisión. Por ello, el uso de esta excepción no puede ser indefinido, sino sólo mientras la situación de crisis lo justifique. En el momento de redactar estas líneas ya se han cumplido dos años desde la adopción de la comunicación bancaria, y los Estados miembros siguen concediendo ayudas a su amparo. En la medida en que todavía no se conoce cómo y cuándo la Comisión va a definir que se ha salido de la situación de crisis, cabe preguntarse por cuánto tiempo la Comisión seguirá aprobando ayudas sobre la base del artículo 107.3.b) del TFUE (en la misma línea, Bourgeix, 2010: 35). En este sentido, el nuevo Comisario responsable de la Competencia ha expresado la intención de volver al régimen

de ayudas estatales previo a la crisis, aunque ha matizado que previamente habrá que analizar las necesidades y posibilidades reales de recuperación del sistema de control de ayudas de Estado previo a la crisis (95).

En segundo lugar, la Comisión ha flexibilizado las consecuencias que derivan del incumplimiento del deber de notificar un proyecto de ayuda nueva por parte de los Estados miembros. Como es sabido, si las autoridades nacionales no respetan el deber de notificar establecido en el artículo 108.3 del TFUE (no notifican, lo hacen de forma tardía o ejecutan la ayuda antes de obtener autorización de la Comisión), la ayuda es ilegal, y los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a ordenar su cese, a recuperar las sumas ya pagadas y a compensar los posibles daños sufridos por terceros. Es obvio que, en el contexto de la actual crisis, estas perspectivas son bastante oscuras. Sin embargo, representan una amenaza concreta a la eficacia de las operaciones de rescate (96); de ahí que la Comisión haya sido muy permisiva en relación con el cumplimiento del deber de notificar, como veremos al analizar las ayudas al sector financiero español.

En tercer lugar, la Comisión también ha agilizado enormemente el procedimiento de autorización de las ayudas. En circunstancias normales, la Comisión debe llevar a cabo un «examen preliminar» de la ayuda notificada en un plazo de dos meses y luego decidir si autoriza ésta o inicia un procedimiento de investigación formal. En el caso de las ayudas de salvamento, la Comisión ya reconoció la necesidad de cierta flexibilidad y, por lo tanto, la conveniencia de adoptar una decisión en el plazo de un mes, pero sólo si la ayuda no superaba los 10 millones de euros (97). Como resultado, lo habitual es que los procedimientos de control de las ayudas estatales tiendan a durar varios meses, e incluso años. Obviamente, los plazos no son adecuados para las operaciones de rescate de emergencia o la adopción de planes correctivos urgentes. Posiblemente, si la Comisión no hubiera estado dispuesta a tomar medidas drásticas para acelerar el proceso de revisión, habría sido rápidamente desplazada por los Estados miembros, y el futuro de la aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado habría estado en peligro. Por ello, en la comunicación bancaria, la Comisión se comprometió a adoptar una decisión rápida de los asuntos una vez recibida la notificación completa de las medidas, «en caso necesario en el plazo de 24 horas y durante un fin de semana». Además, en aras de esa deseada rapidez, se concedieron poderes especiales a la Comisaria de la Competencia, de acuerdo con el Presidente de la Comisión Europea y el Comisario del Mercado Interior, para que pudiera autorizar temporalmente las ayudas de rescate urgentes sin pasar por el acuerdo del Colegio de Comisarios (98).

2. Actuaciones de la Comisión en el sector financiero

2.1. La comunicación bancaria

La Comisión Europea publicó el 13 de octubre de 2008 su comunicación bancaria. El objetivo de esta comunicación es proporcionar orientación sobre los criterios que seguirá la Comisión para considerar compatibles con el Tratado las ayudas a las instituciones financieras. Tales ayudas podrán ampararse en los artículos 107.3.c) y 107.3.b) del TFUE, pero, en este último caso, sólo mientras la situación de crisis lo justifique.

La Comisión considera necesario dar un tratamiento distinto a las instituciones financieras que, pese a no tener temporalmente liquidez, son esencialmente sólidas y a aquéllas caracterizadas por problemas endógenos. Las primeras precisan de intervenciones públicas más limitadas que apoyen su viabilidad y suponen una menor distorsión de la competencia. Sin embargo, las instituciones financieras con problemas endógenos, es decir, vinculados a una mala gestión de sus activos y obligaciones o a estrategias arriesgadas, requieren ayudas de salvamento y medidas de reestructuración de gran envergadura, cuyos negativos efectos sobre la competencia debe limitarse mediante medidas compensatorias. Así pues, la comunicación bancaria introduce la distinción, reproducida en las comunicaciones posteriores, entre entidades financieras sólidas y problemáticas, reservando las condiciones más duras para estas últimas, mientras se da un tratamiento más laxo a las primeras. El principal problema de esta distinción reside en que queda en manos de los Estados miembros, lo que no parece lo más aconsejable desde la perspectiva del principio de igualdad de trato entre operadores económicos, principal objetivo de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado (99).

La Comisión exige, para considerar la ayuda compatible con el mercado interior, el cumplimiento de tres criterios generales: debe ser apropiada, es decir, estar bien enfocada, a fin de poder lograr eficazmente el objetivo de solucionar una perturbación grave de la economía; ser necesaria en tiempo y en cuantía; y ser proporcional al problema en cuestión, no yendo más allá de lo necesario para lograr el objetivo buscado, limitando en lo posible el falseamiento de la competencia.

Tales criterios generales se traducen en una serie de pautas que deben respetar las ayudas a las instituciones financieras y que pueden resumirse del siguiente modo: la ayuda ha de establecer criterios de elegibilidad objetivos y no discriminatorios; la duración y alcance de la medida debe limitarse al mínimo necesario (100); el sector privado debe contribuir de forma significativa al coste de la intervención pública; han de pre-

venirse falseamientos indebidos de la competencia mediante la inclusión de salvaguardias y mecanismos adecuados para minimizar las distorsiones y el abuso de las situaciones preferenciales por parte de los beneficiarios de las ayudas (por ejemplo, impedir estrategias comerciales agresivas o la expansión de sus actividades), y debe hacerse un seguimiento y eventual ajuste de las medidas adoptadas.

Los criterios y pautas anteriores son aplicables a cualquier clase de ayudas que perciba la institución financiera. La comunicación bancaria contempla los siguientes tipos:

— Regímenes de garantía pública que cubran la responsabilidad de las instituciones financieras para garantizar los depósitos bancarios y tranquilizar así a sus titulares. No obstante, el agotamiento de los préstamos interbancarios debido a la erosión de la confianza entre instituciones financieras puede justificar también que se garanticen determinados tipos de depósitos interbancarios, e incluso títulos de crédito a corto y medio plazo, en la medida en que tales obligaciones no estén protegidas ya de forma adecuada a través de acuerdos entre inversores u otros medios. La extensión de la cobertura de la garantía pública a otros tipos de deuda requerirá un análisis más profundo de su justificación. El régimen de garantía debe contemplar una remuneración adecuada por parte de las instituciones beneficiarias. A falta de un precio de mercado, que no existe en una operación de estas características, los importes cobrados deben aproximarse a un precio lo más parecido posible al precio de mercado. En caso de que deba activarse la garantía, esta medida de salvamento irá seguida de la reestructuración o liquidación de la entidad beneficiaria. Para ello, deberá notificarse un plan de reestructuración o liquidación que será evaluado por la Comisión de acuerdo con la comunicación sobre reestructuración que analizaremos más adelante.

— La recapitalización de las instituciones financieras, empleada para apoyar a aquellas instituciones que son fundamentalmente sólidas pero pueden verse afectadas por las actuales condiciones extremas de los mercados financieros. Mediante la recapitalización, se proporcionan fondos públicos a fin de reforzar directamente la base de capital de las instituciones financieras o se facilita la inyección de capital privado por otros medios. La recapitalización irá seguida de un plan de reestructuración que será objeto de análisis por la Comisión.

— La liquidación controlada de la entidad, bien en aquellos casos en que, tras concederse una ayuda de salvamento a la entidad, resulte claro que ésta no puede reestructurarse con éxito, bien como medida única. Para garantizar que no se concedan ayudas a los compradores de estas entidades en crisis, o de partes de la

misma, que provoquen nuevas distorsiones de la competencia, la Comisión tendrá en cuenta: que el proceso de venta es abierto y no discriminatorio; que la venta se realiza en condiciones de mercado, y que la institución financiera o el Gobierno, dependiendo de la estructura escogida, maximiza el precio de venta de los activos y pasivos en cuestión. En caso de que sea necesario conceder una ayuda a la actividad económica que deba venderse, se efectuará una valoración individual con arreglo a los principios establecidos en las directrices comunitarias sobre salvamento y reestructuración.

— Finalmente, la Comisión reconoce que pueden concederse otras formas de ayuda a la liquidez. En este sentido, la Comisión afirma que cuando las medidas no estén destinadas a «determinados bancos», sino «a todos los operadores del mercado comparables», no se estará en presencia de ayudas estatales, sino ante medidas de carácter general. La Comisión no aclara en qué sentido emplea la expresión «operadores del mercado comparables». Sin embargo, no creemos que deba interpretarse en el sentido de que las medidas de apoyo a favor de todos los bancos establecidos en el territorio de un Estado miembro sean medidas generales (en el mismo sentido, Estoa, 2010: 279), puesto que ello va en contra de la propia doctrina de la Comisión (101) y de una asentada jurisprudencia comunitaria (102). Por otra parte, la Comisión advierte que, en determinadas circunstancias, una ayuda individual a favor de una determinada institución financiera no constituye una ayuda estatal, siempre que se cumplan determinados requisitos. La Comisión se refiere al asunto *Northern Rock*, una de las primeras entidades financieras afectadas por la crisis. En la Decisión sobre dicho asunto, de 7 de diciembre de 2007, la Comisión determinó que algunas de las medidas del Banco de Inglaterra destinadas a ayudar a tal entidad no constituían ayudas de Estado, porque la institución financiera beneficiaria era solvente en el momento de la concesión de liquidez, la iniciativa se tomó por iniciativa del banco central y éste cobraba un tipo de interés penalizador al beneficiario (103). Es sorprendente, y debe criticarse, que la Comisión no efectúe ningún análisis, a la hora de apreciar la «existencia» de una ayuda, del origen estatal de los fondos, la existencia de una ventaja selectiva y la distorsión de la competencia. Aunque la intención de la Comisión sea agilizar la autorización de ciertas medidas debido a la situación de excepcionalidad y urgencia del momento, la crisis no constituye un argumento válido para prescindir casi por completo de todo análisis sobre la existencia de una ayuda estatal (Etoa, 2010: 271).

Por último, la Comisión se compromete a adoptar una decisión rápida de los asuntos una vez recibida la notificación completa de las medidas, «en caso necesario en el plazo de 24 horas y durante un fin de semana».

2.2. La comunicación sobre recapitalización

La comunicación sobre recapitalización de las instituciones financieras se publicó el 15 de enero de 2009. Sus objetivos son restablecer la estabilidad financiera, conceder préstamos a la economía real y proporcionar una respuesta adecuada a la insolvencia de algunas instituciones financieras, contribuyendo a evitar los efectos sistémicos a corto plazo de su posible insolvencia.

De acuerdo con esta comunicación, en la evaluación de cualquier régimen o medida de recapitalización se deben tener en cuenta los posibles falseamientos de la competencia en tres niveles diferentes: 1) La recapitalización por un Estado miembro de sus propios bancos no debe proporcionar una ventaja competitiva indebida sobre los bancos de otros Estados miembros, por lo que las condiciones vinculadas a cualquier medida de recapitalización deben garantizar la igualdad de condiciones. 2) Los regímenes de recapitalización deben diferenciar adecuadamente a los beneficiarios en función de sus perfiles de riesgo, para evitar que se otorgue una ventaja indebida a los bancos en dificultades o menos eficaces frente a los más sólidos. 3) Las condiciones de remuneración de la recapitalización pública no deben situar en una posición competitiva significativamente inferior a los bancos que no recurran a ella pero busquen capital adicional en el mercado; es decir, tales condiciones deben estar diseñadas de tal forma que persigan el restablecimiento de las condiciones normales de mercado.

A fin de encontrar un equilibrio adecuado entre los objetivos perseguidos por la comunicación sobre recapitalización y la libre competencia, dicha comunicación diferencia entre la recapitalización de bancos esencialmente sólidos y la de bancos en dificultades, estableciendo condiciones de recapitalización y remuneración más estrictas para los segundos.

La mejor garantía, advierte la Comisión, para limitar los falseamientos de la competencia es la mayor cercanía posible de los precios fijados como remuneración a los precios de mercado (104). Por ello, al determinar las características de la recapitalización, ha de tenerse en cuenta la situación de mercado de cada entidad, incluidos su perfil de riesgo y nivel de solvencia actuales, y mantener la igualdad de condiciones no proporcionando subvenciones demasiado cuantiosas en comparación con las alternativas que ofrece el mercado. Además, las condiciones de los precios deben ofrecer un incentivo para que el banco reembolse al Estado tan pronto como haya pasado la crisis. Cuando las inyecciones de capital público tengan lugar con una participación significativa (30 por 100 o más) de inversores privados en las mismas condiciones, la Comisión aceptará la remuneración fijada en el acuerdo. Asimismo, la Comisión admite como precio para las recapitalizacio-

nes de bancos esencialmente sólidos tipos inferiores a los tipos de mercado actuales, a fin de facilitar que los bancos acudan a este instrumento y se favorezca así la restauración de la estabilidad financiera y la concesión de préstamos. En cambio, en el caso de los bancos en dificultades, la remuneración exigida debe ser superior a la exigida a los bancos esencialmente sólidos.

Por último, como ya se ha señalado, la entidad recapitalizada debe someterse a un plan de reestructuración que garantice su viabilidad futura.

2.3. Comunicación sobre activos deteriorados

La comunicación sobre el tratamiento de los activos deteriorados, de 25 de febrero de 2009, es el resultado del debate suscitado en la Unión Europea a raíz de la adopción por parte de Estados Unidos de medidas de rescate de los activos bancarios tóxicos.

Aunque corresponde a los Estados miembros la decisión de adquirir activos deteriorados y el modo de hacerlo, esta comunicación ofrece orientaciones a la hora de concebir, elaborar y aplicar medidas de rescate de activos. En este sentido, hace referencia a distintos planteamientos para la gestión de activos deteriorados. Así, es posible segregar tales activos deteriorados de los sanos, de modo que los primeros se trasladen a una entidad jurídica distinta (banco defectuoso o malo) que goce de garantía pública. Otra posibilidad, menos aconsejable a juicio de la Comisión, es un régimen de aseguramiento de activos en cuyo marco los bancos mantienen los activos deteriorados en su balance, pero reciben una indemnización del Estado que compensa sus pérdidas (105).

El objetivo inmediato del rescate de activos emprendido por varios Estados miembros a finales de 2008 era el de garantizar la estabilidad financiera y sostener la oferta de crédito a la economía real. No obstante, la Comisión advierte que la eficacia de las medidas adoptadas, en lo que a la oferta de crédito se refiere, es cuestionable, pues la evolución de la concesión de préstamos a la economía real desde el anuncio de los planes de rescate ha sido desfavorable (106). Ello puede explicarse, entre otras razones, porque gran parte de los capitales aportados como cobertura han sido empleados por los bancos para constituir provisiones contra futuros deterioros. En este sentido, la comunicación sobre activos deteriorados aspira a proporcionar orientaciones que permitan que las medidas de rescate de activos se elaboren y apliquen de manera más eficaz para lograr tales objetivos inmediatos. A más largo plazo, la finalidad del rescate de activos es sumarse a un esfuerzo global dirigido a restaurar la viabilidad del sector bancario y la sostenibilidad de las finanzas públicas,

para lo cual la medida debe ser conforme con la normativa en materia de ayudas de Estado y acompañarse de un plan de reestructuración.

Pues bien, los requisitos que deben concurrir para que una medida de rescate de activos deteriorados pueda ampararse en el artículo 107.3.b) del TFUE son similares a las establecidas en la comunicación bancaria, y se centran en los siguientes aspectos:

- Obligaciones de transparencia y revelación de información. El banco que solicite la ayuda debe determinar, de forma plena y *ex ante*, el valor del deterioro, y presentar un proyecto de reestructuración o de viabilidad futura. Ello determinará la cuantía de la ayuda.

- La distribución de cargas entre el Estado, los accionistas y los acreedores. Los bancos han de soportar las pérdidas asociadas a los activos deteriorados en la mayor medida posible. Identificadas las pérdidas, cuando el resultado sea la quiebra técnica en ausencia de ayuda, el banco debe ser puesto en administración o liquidación.

- La adaptación de los incentivos ofrecidos a los beneficiarios a los objetivos de las políticas públicas. Como regla general, la posibilidad de inscribirse en los programas de rescate de activos deteriorados debe cesar en un plazo de seis meses desde su apertura por el Gobierno.

- Los principios que deben guiar las medidas de rescate de activos en términos de elegibilidad, valoración y gestión de activos objeto de medidas de rescate.

- Las relaciones entre el rescate de activos y otras medidas de apoyo (garantías, recapitalización), así como la reestructuración de los bancos que debe efectuarse tras haber recibido una ayuda de rescate.

2.4. Comunicación sobre medidas de reestructuración en el sector financiero

Cuando una institución financiera haya recibido una ayuda estatal en forma de garantías, recapitalización o rescate de activos deteriorados, los Estados miembros deben presentar, según los casos, un plan de viabilidad o un plan de reestructuración más radical con el que confirmar o restablecer la viabilidad a largo plazo del banco sin necesidad de ayuda estatal.

Si una ayuda estatal de importe limitado se concede a un banco esencialmente sólido, el Estado miembro sólo debe presentar a la Comisión un informe sobre el uso de los fondos estatales que comprenda toda la información necesaria para evaluar la viabilidad del banco,

la utilización del capital recibido y las medidas a adoptar para abandonar la dependencia del capital público. En cambio, dicho Estado deberá presentar un plan de reestructuración cuando un banco en dificultades haya sido recapitalizado por el Estado o cuando el banco ya haya recibido cualquier tipo de ayuda que contribuya a cubrir o evitar pérdidas (exceptuando la participación en un régimen de garantía) que en conjunto supere el 2 por 100 del total de activos del banco ponderados en función del riesgo. El grado de reestructuración dependerá de la gravedad de los problemas de cada banco (107).

En este contexto, la comunicación sobre medidas de reestructuración en el sector financiero, de 22 de julio de 2009, complementa las comunicaciones anteriores y explica los criterios con arreglo a los cuales la Comisión valorará la compatibilidad de las ayudas de reestructuración de las instituciones financieras en la situación de crisis económica actual con arreglo al artículo 107.3.b) del TFUE. Por consiguiente, tratándose de ayudas de salvamento y reestructuración a favor de bancos en las circunstancias actuales de crisis, se aplicará esta comunicación, en lugar de las directrices SyR, para las ayudas notificadas hasta el 31 de diciembre de 2010.

A grandes rasgos, la comunicación sobre reestructuración de entidades financieras modula los siguientes aspectos de las directrices SyR (108):

- Teniendo en cuenta que esta comunicación está dirigida a un sector concreto, especifica con detalle el tipo de información necesaria para determinar si las medidas de reestructuración propuestas son aptas para restablecer la viabilidad a largo plazo de la entidad beneficiaria. Así, el plan de reestructuración debe incluir un diagnóstico a fondo de los problemas del banco y exponer de qué manera las medidas propuestas solucionarán los problemas subyacentes. La comunicación contiene una relación pormenorizada de la información que el plan debe contener (estructura organizativa, financiación, gobernanza, gestión del riesgo, etc.) y exige que el plan contenga la denominada «prueba de tensión», o combinación de situaciones de estrés en supuestos de recesión mundial prolongada.

- Habida cuenta de la incertidumbre sobre las perspectivas económicas y el número de bancos objeto de reestructuración, se presta especial atención a que el plan de reestructuración contenga un calendario suficientemente flexible y realista de los pasos necesarios para su ejecución. El plan debe ejecutarse lo antes posible, y no debe durar más de cinco años, en comparación con la práctica habitual de dos o tres años.

- Las directrices SyR requieren, en principio, un 25, 40 ó 50 por 100 de contribución propia por el beneficia-

rio de la ayuda a los costes de reestructuración, porcentaje exigible a las pequeñas, medianas y grandes empresas, respectivamente (109). En cambio, dadas las dificultades en el acceso al capital privado en el contexto actual y la dificultad de calcular los costes de la reestructuración, la comunicación no establece un umbral predeterminado de contribución propia del beneficiario a los costes, limitándose a señalar que debe procurarse una adecuada distribución de cargas entre los Estados miembros y los bancos beneficiarios. Las ayudas deben limitarse al mínimo necesario y el beneficiario de la ayuda deberá emplear, en primer lugar, sus recursos propios para financiar los costes de reestructuración (lo que puede obligar, por ejemplo, a una venta de activos).

— Cuando la aplicación inmediata de las medidas estructurales no es posible debido a las circunstancias del mercado, la Comisión puede prorrogar el plazo de aplicación. No obstante, han de diseñarse medidas para limitar el falseamiento de la competencia por parte del banco salvado.

— Por último, la Comisión no aplica la regla «one time last time» para las ayudas de reestructuración a los bancos en tiempos de crisis (110). Es posible la concesión de ayudas adicionales durante el período de reestructuración, siempre que estén justificadas por razones de estabilidad financiera y se limiten al mínimo necesario para garantizar la viabilidad.

2.5. La aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales al sector bancario en el contexto de la crisis financiera

El pasado 7 de diciembre de 2010 se publicó una nueva comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (111).

A pesar de la recuperación económica que paulatinamente ha tenido lugar desde el inicio de 2010, la Comisión considera que la reaparición de tensiones en los mercados de deuda soberana y la preocupación de los mercados sobre los riesgos de contagio aconseja la adopción de las siguientes medidas:

— Las comunicaciones bancarias sobre recapitalización y sobre activos deteriorados —que orientan sobre los criterios relativos a la compatibilidad de las ayudas a los bancos en el contexto de la crisis sobre la base del art. 107.3.b) TFUE— seguirán en vigor hasta el 31 de diciembre de 2011.

— También se amplía el alcance temporal de la comunicación de reestructuración (única de las cuatro

comunicaciones que cuenta con una fecha específica de expiración —31 de diciembre de 2010—) hasta el 31 de diciembre de 2011.

— Los regímenes de ayudas estatales para los que la autorización de ayuda estatal expira a finales de 2010 podrán autorizarse por espacio de otros seis meses, hasta el 30 de junio de 2011.

— Se prevé la elaboración de nuevas normas permanentes relativas a las ayudas estatales SyR que, siempre que lo permitan las condiciones de mercado, deberían aplicarse a partir del 1 de enero de 2012.

— Se elimina la distinción entre bancos sólidos y en dificultades a efectos de la presentación de un plan de reestructuración. Por tanto, a partir del 1 de enero de 2011, se exige un plan de reestructuración a todo beneficiario de una nueva medida de recapitalización o de rescate de activos.

V. MEDIDAS ADOPTADAS POR ESPAÑA A FAVOR DEL SECTOR FINANCIERO EN EL MARCO DE LA CRISIS

Las ayudas adoptadas por España a favor del sector financiero en los dos últimos años han sido esencialmente de tres tipos (112): un régimen de avales para la financiación de entidades bancarias, un Fondo de Adquisición de Activos Financieros y un Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Todas se adoptaron en el marco del Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo (Plan E). Seguidamente, se describirá brevemente el régimen jurídico de cada una de ellas, así como las decisiones de la Comisión por las que se autoriza su aplicación. Se prestará especial atención al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, habida cuenta del importante papel que ha desempeñado en los procesos de integración y reestructuración de las entidades de crédito, especialmente de las cajas de ahorros.

1. Régimen de avales para entidades de crédito

El Gobierno español notificó a la Comisión Europea, el 14 de octubre de 2008, la creación de un régimen de avales públicos para las operaciones de financiación de entidades bancarias que operen en España, aprobado por Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, y desarrollado por la Orden EHA/3364/2008, de 21 de noviembre (113).

La finalidad del régimen es restablecer la confianza y el buen funcionamiento del mercado de financiación de las entidades de crédito que operan en España (en el caso de filiales de entidades extranjeras, se exige que

desarrollen una «actividad significativa» en España) y cumplen determinados compromisos y requisitos (entre los que se incluyen condiciones especiales de solvencia). Para ello, se autoriza la concesión de avales del Estado a las operaciones de financiación nuevas hasta un importe total máximo de cien mil millones de euros (pudiendo incrementarse hasta doscientos mil millones si las condiciones del mercado lo exigen). Por operaciones de financiación se entiende principalmente la emisión de pagarés, bonos y obligaciones admitidas a negociación en mercados secundarios oficiales españoles, aunque el aval se puede extender a otros instrumentos bancarios (como los depósitos interbancarios). El plazo máximo de vencimiento de las operaciones es de cinco años. Inicialmente, el plazo de otorgamiento de los avales debía finalizar el 31 de diciembre de 2009.

El régimen sucintamente descrito se notificó a la Comisión el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y un día antes de su entrada en vigor. Esta circunstancia suponía la calificación del régimen como ayuda ilegal, ya que no se notificó «con la suficiente antelación» para que la Comisión pudiera realizar sus observaciones, y comenzó a aplicarse sin esperar el pronunciamiento de ésta. Pese a ello, la Comisión autorizó la ayuda el 23 de diciembre de 2008, sin prestar atención alguna a la ilegalidad de la medida (114). El régimen, que se ha prorrogado en cuatro ocasiones (115), se aplica como consecuencia de las nuevas prórrogas hasta el 30 de junio de 2011.

La Comisión consideró que el régimen español cumplía los principios establecidos en la comunicación bancaria. En primer lugar, el sistema no era discriminatorio, pues estaba abierto a todas las entidades de crédito solventes registradas en España, con independencia de su nacionalidad, siempre que tuvieran al menos el uno por mil del mercado crediticio, y siempre que los instrumentos garantizados se hubieran emitido durante los últimos cinco años. Asimismo, el régimen estaba limitado en el tiempo, en la cuantía y el alcance. En cuanto al tiempo, el plazo de otorgamiento de avales finalizaría el 31 de diciembre de 2009 (aunque ha sido prorrogado en varias ocasiones, finalizando el 30 de junio de 2011). El plazo máximo de vencimiento de las operaciones avaladas estaba comprendido entre los tres meses y los tres años siguientes a su emisión, si bien, excepcionalmente, dicho plazo podía ser de hasta cinco años, previo informe del Banco de España. Por lo que se refiere a la cuantía, en 2008 se autorizaron avales por importe de cien mil millones de euros, ampliables a doscientos mil millones distribuidos entre 2008 y 2009. La Comisión entendió, sin mayor argumentación, que el importe máximo de la garantía era adecuado y proporcionado (116). Finalmente, en relación con el alcance del régimen, la Comisión apreció que las garantías individuales estaban limitadas. Así, cada banco podía recibir garantías ligadas a su cuota de

mercado anterior y el Estado podía limitar la cantidad de la garantía cuando el riesgo con respecto a la entidad de crédito beneficiaria se considerase excesivo. Para beneficiarse de la garantía, las entidades debían satisfacer una comisión conforme a las condiciones del mercado, calculada de acuerdo con las recomendaciones del Banco Central Europeo. La Comisión constató que dicha comisión era superior a la prevista para algún régimen similar autorizado. Por último, el régimen incorporaba medidas destinadas a evitar falseamientos de la competencia. En concreto, establecía condiciones especiales de solvencia de los beneficiarios y, en caso de ejecutarse la garantía, preveía la notificación a la Comisión de un plan de reestructuración de la entidad afectada. Por otra parte, también incluía medidas tendentes a evitar un uso abusivo del apoyo estatal por parte de los beneficiarios tales como restricciones en la expansión y la comercialización.

A la luz de todo ello, la Comisión concluyó que el régimen era un medio adecuado, necesario y proporcionado para abordar una grave perturbación en la economía española, y lo autorizó sobre la base del artículo 107.3.b) del TFUE.

2. Fondo de Adquisición de Activos Financieros

Con la finalidad de proporcionar liquidez a las instituciones financieras y animarlas a otorgar más crédito a empresas y particulares, el Real Decreto-ley 6/2008, de 10 de octubre, creó el Fondo de Adquisición de Activos Financieros (en adelante FAAF) (117), desarrollado mediante la Orden EHA/3118/2008, de 31 de octubre (118).

Se trata de un fondo sin personalidad jurídica propia, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, dotado con 30.000 millones de euros, ampliables originariamente a 50.000 millones de euros (119), para la compra de activos financieros de máxima calidad, según criterios de objetividad, seguridad, transparencia, eficiencia, rentabilidad y diversificación.

El procedimiento escogido para la adquisición de activos financieros por el FAAF, tanto mediante compra en firme como mediante operaciones de compraventa simultánea, es la subasta inversa. El Estado actúa como único comprador de activos, mientras que las entidades de crédito realizan ofertas de clases de activos predeterminados que tengan idéntica calificación, hayan sido emitidos en el mismo período de tiempo y tengan el mismo vencimiento. De este modo, el FAAF adquiere grupos de activos en gran parte homogéneos, al precio más bajo determinado por el proceso de subasta.

No obstante, la Orden EHA/3118/2008 establece que el FAAF puede reservar un máximo del 25 por 100 de

los fondos ofertados en la subasta a un tramo no competitivo. En este caso, la adjudicación será proporcional a la contribución de las entidades solicitantes al crecimiento del crédito al sector privado residente. El tipo de interés al que se adjudican las ofertas no competitivas es el menor del tramo competitivo de la subasta, con lo que se pretende incentivar a las entidades a conceder nuevo crédito.

Las entidades que pueden beneficiarse del FAAF son todas las entidades de crédito domiciliadas con carácter permanente en España e inscritas en el registro oficial del Banco de España, incluidas las filiales y sucursales de entidades de crédito de la UE. La participación en el FAAF tiene carácter voluntario, pero las entidades deberán manifestar de antemano su interés en ello. Los activos en los que invierte el FAAF no tienen que ser necesariamente españoles, pudiendo haber sido emitidos por un banco extranjero, siempre que fomenten la oferta de nuevos créditos a empresas y particulares residentes en España.

La administración, gestión y dirección del FAAF corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda a través de un Consejo Rector y de su Comisión Ejecutiva. Además, ésta última cuenta con el asesoramiento que estime oportuno y, particularmente, con el de un comité técnico integrado por representantes de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, del Instituto de Crédito Oficial, del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El FAAF está sometido a un doble mecanismo de control. Por un lado, la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) lo controla a través de auditoría pública. Por otro lado, el control parlamentario se efectúa mediante informes cuatrimestrales sobre la gestión del FAAF que el Ministro de Economía y Hacienda remite a la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados, así como mediante la comparecencia cada dos meses ante dicha Comisión del Secretario de Estado de Economía para informar sobre la evolución del Fondo y sus efectos.

Finalmente, por lo que se refiere a la vida del FAAF, se trata de una medida transitoria de vigencia limitada, que debe extinguirse cuando el fallo de mercado que justifica su existencia desaparezca. Según la Orden EHA/3118/2008, el FAAF no podrá celebrar subastas más allá del 31 de diciembre de 2009 (120).

Del mismo modo que en el caso del régimen de avales públicos, el régimen brevemente descrito constituía una ayuda ilegal, pues fue notificado cinco días antes de su entrada en vigor. Sin embargo, tampoco en esta ocasión la Comisión prestó demasiada atención a dicha circunstancia. Así pues, el 4 de noviembre de 2008, la

Comisión informó que, tras una estrecha colaboración con las autoridades españolas, había decidido autorizar el Fondo Español para la Adquisición de Activos Financieros (121).

La Comisión consideró que el régimen cumplía los requisitos del artículo 107.1 de TFUE para constituir una ayuda de Estado, pues el FAAF se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, favorece al sector financiero y amenaza con falsear la competencia y afectar al comercio entre las instituciones financieras en España y en otros Estados miembros.

Las autoridades españolas mantuvieron que el régimen no constituía una ayuda porque, por un lado, las subastas estaban abiertas a cualquier entidad financiera establecida de forma permanente en España y, por otro, el mecanismo de precios aplicado en las subastas respetaba las condiciones de mercado, de forma que el Estado había cumplido el «criterio del inversor privado». La Comisión rechazó ambos argumentos. Respecto al criterio del inversor privado subrayó que la menor liquidez y limitada actividad de los mercados para el tipo de valores adquiridos por el FAAF fue el hecho que determinó que las autoridades españolas establecieran el régimen cuestionado, actuación que no habría llevado a cabo un inversor privado. Dicho de otro modo, el mero hecho de que el Estado organice un sistema de subastas públicas para dotar de liquidez al sector constituye una ventaja. Por lo que se refiere a los beneficiarios de la medida, en opinión de la Comisión el régimen no beneficiaba exclusivamente a los bancos adjudicatarios, sino al sector bancario en su totalidad, ya que todos los bancos pueden reflejar en sus libros una valoración de los bonos, susceptible de incluirse en las subastas, superior al que tendrían en el mercado.

No obstante, la Comisión consideró que el régimen era compatible con el mercado interior sobre la base del artículo 107.3.b) del TFUE. Aunque hasta el momento se había mostrado reacia a permitir a los Estados miembros la compra directa de activos financieros bancarios, ya que la crisis financiera dificulta una valoración apropiada de los activos, la Comisión autorizó el régimen español habida cuenta de que, tal y como estaba diseñado, resultaba apropiado, necesario y proporcional en los términos de la comunicación bancaria. Tras constatar que la medida era apropiada para la consecución del objetivo buscado y no discriminatoria, la Comisión tuvo muy en cuenta, en relación con la necesidad de la medida, que el FAAF sólo podía adquirir activos de máxima calidad (con calificación AAA), lo que reducía su riesgo crediticio, y que tenía carácter temporal. Asimismo, en cuanto a la proporcionalidad del régimen, el procedimiento elegido (la subasta inversa) permitía que el FAAF adquiriese dichos activos con la mayor remuneración posible, y constituía un mecanis-

mo abierto y no discriminatorio que permitía comparar precios de activos hasta cierto punto homogéneos. Además, también evaluó positivamente que el régimen incluyese un elemento temporal de recompra, que obligaba a los bancos a readquirir en una fecha posterior esos activos a un precio preestablecido. Por otra parte, la medida estaba sometida a cautelas destinadas a garantizar que ningún banco se beneficiase del régimen de forma desproporcionada, y a limitar la expansión de las actividades de las entidades beneficiarias. Finalmente, las autoridades españolas se comprometieron a revisar el régimen e informar semestralmente a la Comisión.

Al igual que en el caso del régimen español de avales públicos, la Comisión no efectuó un análisis detallado sobre la importancia económica de la medida.

3. Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

3.1. El FROB en el Real Decreto-Ley 9/2009

El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (desde ahora FROB) ha sido creado por el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (122). Con su creación se pretende impulsar la reestructuración del sistema bancario español, preservando la confianza en el sistema financiero nacional, y aumentar su solidez y solvencia, de manera que las entidades de crédito tengan una posición sólida y puedan proporcionar con normalidad financiación a la economía real.

En circunstancias normales, el ordenamiento jurídico español afronta las crisis individuales de las entidades financieras mediante los fondos de garantía de depósitos de bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito. Sin embargo, la excepcionalidad de la situación de crisis financiera internacional actual, aconseja, a juicio del legislador, desarrollar una estrategia que favorezca la reestructuración o redimensionamiento del sector bancario español, especialmente de las cajas de ahorros, a la que responde la aprobación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

El FROB goza de personalidad jurídica propia y de plena capacidad pública y privada para el desarrollo de sus fines. El régimen jurídico bajo el que desarrolla su actividad es el contenido en el Real Decreto-ley y en las normas dictadas en desarrollo de éste, siendo de aplicación supletoria el régimen aplicable a los fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

A tal fin, el FROB cumple dos funciones que analizaremos con mayor detalle más adelante. En primer lugar, apoya los procesos de integración entre entidades fun-

damentalmente sólidas (123) que voluntariamente acuerden participar en fusiones u otros procesos análogos de integración que supongan una mejora de la eficiencia, una racionalización de su administración y un redimensionamiento de su capacidad productiva para mejorar sus perspectivas futuras (artículo 9). En segundo lugar, facilita la resolución de crisis de entidades en situación de debilidad económico-financiera (124) mediante procesos de reestructuración (artículos 6 y 7).

Para el cumplimiento de sus fines, el FROB cuenta con un capital de 9.000 millones de euros, de los que 6.750 son con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y 2.250 son aportados por los fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito. Además, el FROB puede captar financiación en los mercados de valores emitiendo valores de renta fija, recibir préstamos, solicitar la apertura de créditos y realizar otras operaciones de endeudamiento. No obstante, los recursos ajenos obtenidos no deben sobrepasar el monto de tres veces la dotación existente en cada momento, si bien la Ministra de Economía y Hacienda, con posterioridad al 1 de enero de 2010, puede autorizar que se sobrepase dicho límite, sin que la financiación ajena del FROB suponga, en ningún caso, más de diez veces su dotación. El patrimonio no comprendido en el FROB debe estar materializado en deuda pública o en otros activos de elevada liquidez y bajo riesgo.

El FROB es regido y administrado por una Comisión Rectora integrada por ocho miembros nombrados por la Ministra de Economía y Hacienda, de los cuales cinco lo son a propuesta del Banco de España y uno en representación de cada uno de los fondos de garantía de depósitos. Asimismo, a las sesiones de la Comisión Rectora asiste, con voz pero sin voto, un representante de la IGAE designado por la Ministra de Economía y Hacienda a propuesta del Interventor General. Uno de los miembros designados a propuesta del Banco de España es su Subgobernador, que ostenta la Presidencia de la Comisión Rectora. La duración del mandato de los miembros de la Comisión Rectora es de cuatro años, renovable por idéntico período de tiempo.

En lo que atañe al control de las actuaciones del FROB, sus operaciones se comunicarán, en su caso, a la Comisión Europea o a la Comisión Nacional de la Competencia, a efectos de lo establecido en materia de defensa de la competencia y ayudas de Estado. Asimismo, la Comisión Rectora eleva a la Ministra de Economía y Hacienda un informe cuatrimestral sobre la gestión del Fondo. Por lo que se refiere al control parlamentario, con periodicidad trimestral, el Secretario de Estado de Economía comparece ante la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, para informar sobre la evolución agregada del crédito, la situación del sector bancario y la evolución de activi-

dades del Fondo. Además, el Presidente de la Comisión Rectora comparece, en las condiciones que determine la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, y en el plazo de 30 días siguientes a la realización de cada operación por parte de dicho Fondo, para informar sobre la misma.

Como se ha señalado anteriormente, el FROB cumple esencialmente dos funciones:

a) Apoyo a procesos de integración de entidades de crédito fundamentalmente sólidas

La participación del FROB en estos procesos de integración de entidades de crédito viables, dirigidos a mejorar su eficiencia a medio plazo, depende de la voluntad e iniciativa de las entidades participantes. De hecho, en algunos de los procesos de integración que se han negociado hasta la fecha no ha sido necesario y no se ha solicitado el apoyo del Fondo.

Los procesos de integración se materializan en operaciones de fusión o de creación de sistemas institucionales de protección (SIP). El FROB puede adquirir títulos emitidos por las entidades de crédito residentes en España que necesiten reforzar sus recursos propios con el fin exclusivo de llevar a cabo entre sí procesos de integración. Para ello, las entidades interesadas deben elaborar un plan de integración que detalle las medidas y compromisos específicos dirigidos a conseguir dicho objetivo. Dicho plan debe ser aprobado por el Banco de España, bajo el principio de la utilización más eficiente de los recursos públicos.

Los títulos suscritos por el FROB constituyen participaciones preferentes convertibles en acciones, en cuotas participativas o en aportaciones de capital social, y forman parte de los recursos propios básicos de la entidad beneficiaria. La emisión de tales títulos se considera excepcional y debe llevarse a efecto en unas condiciones tales que se tenga en cuenta, en todo caso, el plazo y riesgo de la operación, la necesidad de evitar el riesgo de una distorsión competitiva, y el aseguramiento de que tal adquisición facilita e incentiva la ejecución y cumplimiento del plan de integración.

Los términos y condiciones de la retribución de estas participaciones preferentes tendrán en cuenta, en todo caso, los principios que se establezcan por la Comisión Europea. Los intereses abonados por los títulos suscritos por el FROB no son acumulativos, y su devengo se condiciona a la existencia y a la cuantía de los beneficios distribuibles que obtenga la entidad beneficiaria. La remuneración de los títulos suscritos por el FROB será igual a la menor de las siguientes: 1) rentabilidad anual del 7,75 por 100, o 2) rentabilidad de los bonos del Tesoro emitidos por el Reino de España con veni-

miento a cinco años más un diferencial de 500 puntos básicos. A modo de cláusula de ajuste al alza, la remuneración prevista se incrementará anualmente en quince puntos básicos desde el primer año de emisión hasta el quinto año. Si los títulos suscritos por el FROB no han sido objeto de recompra transcurridos cinco años, la remuneración se incrementa anualmente en cien puntos básicos adicionales en los años sexto y séptimo, respectivamente. Si la entidad beneficiaria no respeta determinadas salvaguardias, a las que haremos referencia más adelante, la remuneración de los títulos suscritos se incrementa en doscientos puntos básicos.

La entidad emisora se compromete a recomprar los títulos suscritos por el FROB tan pronto como sea posible a partir de la fecha de emisión. Transcurridos cinco años desde el desembolso sin que las participaciones preferentes hayan sido recompradas por la entidad, el FROB puede solicitar su conversión en acciones, en cuotas participativas o en aportaciones sociales del emisor. Excepcionalmente, y previa autorización del Banco de España, el FROB puede ampliar el plazo de cinco años en dos más. Si, transcurrida la prórroga, la entidad beneficiaria no puede recomprar los títulos, el FROB puede solicitar su conversión en acciones, en cuotas participativas o en aportaciones sociales del emisor. Asimismo, si antes del transcurso del plazo de cinco años el Banco de España considera improbable, a la vista de la situación financiera de la entidad o del grupo, la recompra de las participaciones preferentes, el FROB también podrá instar la conversión de las participaciones preferentes. Si, una vez efectuada la conversión, la entidad beneficiaria se encuentra en situación de debilidad, se iniciará el proceso de reestructuración previsto en el artículo 7 del Real Decreto-ley. En tal caso, el FROB será designado administrador provisional de la entidad beneficiaria y, en el plazo de un mes, someterá al Banco de España un informe detallado sobre la situación patrimonial y la viabilidad de la entidad, y someterá a la aprobación de aquél un plan de reestructuración que permita superar la situación de dificultad.

Finalmente, respecto de las salvaguardias a la distorsión de la competencia, debe subrayarse que a las entidades beneficiarias del apoyo del FROB se les impone el compromiso de no llevar a cabo planes de expansión mediante la adquisición de otras entidades, de ajustar la retribución de sus altos directivos a los criterios señalados por la normativa comunitaria aplicable, y de no repartir dividendos que excedan del 30 por 100 de los beneficios generados en el ejercicio o, en el caso de las cajas de ahorros, de no acordar dotaciones a la obra benéfico-social que excedan dicho porcentaje, salvo en lo que sea necesario para cumplir compromisos adquiridos.

Cuando la ayuda del FROB supere el 2 por 100 de los activos ponderados por riesgo de una entidad bene-

ficiaria considerada, no obstante, como fundamentalmente sólida, se exigen cautelas adicionales. En particular, tales entidades deben acometer procesos de desinversión que afecten, al menos, al 10 por 100 de su capacidad, comprometerse a no aumentar el número de sucursales en España, a no repartir dividendos o, en el caso de las cajas de ahorros, a no acordar dotaciones a la obra benéfico-social para proyectos nuevos, y comprometerse a mantener la ratio de productividad del personal durante los cinco años siguientes, respecto de la red estructurada y servicios centrales.

En la misma línea cautelar, pero en los casos en que el FROB suscriba títulos de entidades que no sean fundamentalmente sólidas, se exige una reducción del 20 por 100 de la capacidad instalada, que pasados tres años desde la suscripción de títulos el balance agregado de la entidad beneficiaria no supere el 95 por 100 de la suma de los balances individuales de las entidades de crédito que participan en la fusión, y no remunerar instrumentos híbridos pendientes a menos que así lo imponga una obligación jurídica.

b) Apoyo a procesos de reestructuración de entidades en situación de debilidad económico-financiera

El segundo objetivo del FROB es facilitar la resolución de crisis de entidades no viables, cuando no sea posible alcanzar una solución privada.

Cuando una entidad presente una situación de debilidad económico-financiera que pueda hacer peligrar su viabilidad y haga aconsejable una reestructuración, debe informar al Banco de España y presentar un plan de viabilidad que concrete las acciones previstas para superar esa situación. Tales acciones pueden ser reforzar el patrimonio y la solvencia de la entidad, su fusión o absorción, el traspaso total o parcial de su negocio o de unidades del mismo. El Banco de España debe aprobar el plan de viabilidad, con las modificaciones que, en su caso, entienda necesarias. El Fondo de Garantía de Depósitos correspondiente podrá apoyar el plan presentado por la entidad en cuestión, en su caso, con financiación del FROB, en condiciones de mercado.

Si persiste la situación de debilidad y concurre alguno de los supuestos tasados establecidos en el artículo 7.1 del Real Decreto-ley 9/2009, se iniciará el proceso de reestructuración ordenada con intervención del FROB. En estos casos, el FROB sustituye a los administradores de la entidad y, en el plazo de un mes desde su designación (ampliable hasta un máximo de seis meses previa petición razonada), debe elaborar un informe de situación y someter a la aprobación del Banco de España un plan de reestructuración de la entidad que permita superar la situación de dificultad en que se encuentre mediante su fusión con otra u otras entida-

des de reconocida solvencia, o la cesión global o parcial de sus activos y pasivos mediante procedimientos competitivos. Simultáneamente, el FROB elevará a la Ministra de Economía y Hacienda una memoria económica en la que se detalle el impacto financiero del plan sobre los fondos aportados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; ésta podrá oponerse motivadamente en el plazo de cinco días hábiles. Desde la designación del FROB como administrador, y mientras se elabora el plan de reestructuración, dicho Fondo puede, temporalmente, suministrar los apoyos financieros que se precisen de acuerdo con el principio de la utilización más eficiente de los recursos públicos.

El plan puede contemplar medidas de apoyo financiero (concesión de garantías, préstamos, suscripción o adquisición de valores representativos de recursos propios, entre otras), y medidas de gestión (organización y procedimiento y control interno de la entidad).

En el caso de las cajas de ahorros, si el FROB adquiere cuotas participativas adquiere también un derecho de representación en la Asamblea General de la entidad igual al porcentaje que las cuotas representen sobre el patrimonio neto de ésta. Es decir, se dota de derechos políticos a las cuotas participativas suscritas por el Fondo. Este derecho de representación tiene carácter excepcional, sólo puede mantenerse mientras el FROB mantenga la titularidad de estos valores y en ningún caso es transmisible a posteriores adquirentes de las cuotas.

La aprobación por el Banco de España de un plan de reestructuración determina que las concretas operaciones de fusión de entidades de crédito —ya sea por absorción o mediante la creación de una nueva entidad—, o de escisión o cesión global o parcial de activos y pasivos que se contengan en el mismo, así como las eventuales adquisiciones de participaciones significativas que resulten de su ejecución y las modificaciones estatutarias que puedan producirse como consecuencia de tales operaciones no requieren ninguna autorización administrativa ulterior en el ámbito de la ordenación del crédito y la banca, salvo las exigidas por la legislación en materia de defensa de la competencia. No obstante, antes de aprobar el plan de reestructuración, el Banco de España debe solicitar, preceptivamente, informe del órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente (en el caso de las cajas de ahorros) o de la Ministra de Economía y Hacienda (en el caso de bancos) o del que corresponda de ellos en función del ámbito de actuación si se tratara de una cooperativa de crédito (125).

Desde la creación del FROB, el mapa de las cajas de ahorros en España ha variado significativamente (126). En este tiempo, la reestructuración de las cajas se ha

articulado a través de doce procesos de integración en los que participan 38 de las 45 cajas españolas. De esos doce procesos, siete se han realizado con petición de ayudas al FROB, cuyo importe asciende a 10.189 millones de euros, y otros cinco se han abordado sin ayudas. A ello hay que añadir los casos de CajaSur, entidad que ha seguido un proceso de reestructuración ordenada con intervención del FROB, y de Caja Castilla-La Mancha, entidad intervenida por el Banco de España con arreglo la legislación anterior a la creación del FROB y que ha recibido ayudas del Fondo de Garantía de Depósitos. En definitiva, hasta el momento, sólo seis cajas de ahorros se han mantenido al margen de los procesos de integración referidos, cuyos activos representan el 8 por 100 de los activos totales de las cajas de ahorros a 31 de diciembre de 2009. Por otra parte, aunque con menor intensidad que las cajas de ahorros, también se han producido movimientos societarios entre bancos y cooperativas de crédito (127).

En el cuadro núm. 1 se proporciona información sobre los tipos de integración efectuados por las cajas de ahorros, las entidades participantes y el alcance cuantitativo de las ayudas del FROB, en caso de existir (128):

En lo que atañe a la consideración de la medida como ayuda de Estado, el primer aspecto que llama la atención de la Decisión de 28 de enero de 2010 por la que se autoriza el régimen del FROB es el relativo a si las autoridades españolas cumplieron diligentemente con su deber de notificación, pues, aunque el Real Decreto-

ley entró en vigor el 28 de junio de 2009, España no notificó el régimen hasta el 19 de enero de 2010 (129). Algunos autores consideran que dicho deber no se cumplió diligentemente, lo que determina la ilegalidad de la ayuda (Estoa, 2010: 296). Fundamentan su parecer en que, desde el punto de vista del control de las ayudas de Estado, la propia creación del FROB puede considerarse una ayuda estatal en atención a la aplicación de la denominada «puesta en práctica» de una medida. En virtud de esta doctrina, se considera ayuda no sólo la concesión efectiva de fondos al beneficiario, sino también la aplicación de una disposición normativa que permita dicha concesión sin ningún otro trámite adicional (130). Sin embargo, también podría considerarse que, pese a la entrada en vigor de la disposición legislativa reguladora del FROB, para la aplicación del régimen de ayudas previsto en ella, se requería, además, como trámite adicional, la aprobación de los criterios y condiciones a los que se ajustaría la actuación del Fondo, acordados por su Comisión Rectora (131). En cualquier caso, para evitar problemas como el mencionado, hubiera sido aconsejable la notificación de la base normativa de las ayudas antes de su entrada en vigor (durante su tramitación parlamentaria) o la inclusión de una cláusula suspensiva en la disposición normativa aprobada, en virtud de la cual la aplicación efectiva de la ayuda se condicionase a la autorización previa de la Comisión (132).

Sin embargo, la Comisión no dedica ni una sola línea de su decisión a este tema, calificando el régimen como «notificado» y autorizándolo sobre la base del artículo

CUADRO NÚM. 1
TIPOS DE INTEGRACIÓN

ENTIDADES PARTICIPANTES	TIPO DE INTEGRACIÓN	IMPORTE ECONÓMICO (EN MILLONES DE EUROS)
PROCESOS DE INTEGRACIÓN APROBADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA, CON AYUDAS DEL FROB		
Caja Granada, Caja Murcia, Caixa Penedés y Sa Nostra	SIP	915
Caja Madrid, Bancaja, Caja Insular de Canarias, Caja de Ávila, Caixa Laietana, Caja Segovia y Caja Rioja	SIP	4.465
Caja del Mediterráneo, Cajastur, Caja Extremadura y Caja Cantabria	SIP	1.493
Caixanova y Caixa Galicia	Fusión	1.162
Cajas de Manlleu, Sabadell y Terrassa	Fusión	380
Cajas de Catalunya, Tarragona y Manresa	Fusión	1.250
Caja Duero y Caja España	Fusión	525
PROCESOS DE INTEGRACIÓN APROBADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA, SIN AYUDAS DEL FROB		
Caja Navarra, Caja General de Canarias, Caja Municipal de Burgos	SIP	—
Unicaja/Jaén	Fusión	—
PROCESOS DE INTEGRACIÓN EN FASE DE AUTORIZACIÓN, SIN AYUDAS DEL FROB		
La Caixa, Caixa Girona	Fusión	—
CajaSol, Caja Guadalajara	Fusión	—
CAI, CC Burgos, Caja Badajoz	SIP	—

107.3.b) del TFUE. Es criticable que la Comisión no haya prestado mayor atención, tanto en ésta como en las decisiones anteriores, al deber de notificación por parte de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a la constatación de la existencia de una ayuda estatal, el FROB cumple todos los requisitos necesarios para considerarlo como tal. Permite a las entidades beneficiarias captar capital en condiciones más favorables de lo que sería posible atendiendo a la situación imperante en los mercados financieros, por lo que el régimen constituye una ventaja económica y refuerza la posición de las entidades beneficiarias frente a sus competidoras en España y en otros Estados miembros. Así pues, debe considerarse que falsea la competencia y afecta a los intercambios entre Estados miembros. Además, la medida es selectiva porque sólo beneficia al sector financiero. Finalmente, la Comisión se limita a afirmar que la medida se concede por el Estado o mediante recursos estatales. A este respecto, cabe recordar que la mayor parte del FROB se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, pero otra parte se financia mediante una dotación procedente de los fondos de garantía de depósitos. Tales fondos se nutren con contribuciones efectuadas por las entidades adheridas a ellos, pero este extremo no permite negar el origen estatal del FROB. Como es sabido, cuando un régimen de ayudas se financia a través de un fondo, es necesario que concurren tres requisitos acumulativos para considerar cumplido este elemento del concepto de ayuda estatal: debe tratarse de un fondo creado por el Estado; debe financiarse con contribuciones impuestas o gestionadas por el Estado, y debe ser utilizado para favorecer a determinadas empresas concretas (133).

A pesar de tratarse de una ayuda estatal, la Comisión entiende que el régimen del FROB es compatible con el mercado interior, ya que, en consonancia con las comunicaciones bancaria y sobre recapitalización, es adecuada, necesaria y proporcional. Es adecuada porque la crisis financiera y la caída del mercado inmobiliario en España han repercutido sobre el mercado del crédito español ralentizándolo y registrando un aumento brusco de los índices de impago. Es necesaria para reparar el exceso de capacidad del sistema crediticio español, que precisa de corrección, y para permitir a las entidades de crédito sólidas corregir sus debilidades, restableciendo las condiciones normales en la concesión de créditos. Es proporcional porque los falseamientos de la competencia producidos por el régimen se minimizan mediante distintas cautelas y salvaguardias (descritas anteriormente), y también se valora positivamente el establecimiento de la obligación de informar a la Comisión sobre las actuaciones del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

Por todo ello, la Comisión autorizó a España a otorgar, hasta el 30 de junio de 2010, las ayudas que se ajustasen a los términos de la Decisión, previa comunicación de las circunstancias que, en su caso, establecieran los criterios de actuación del FROB (134). Las ayudas que no se ajustasen a los términos de la Decisión deberían notificarse individualmente (135). Recientemente, la Comisión ha aprobado la prórroga del régimen hasta el 31 de diciembre de 2010 y su modificación para permitir recapitalizaciones individuales (136).

3.2. Los cambios introducidos en el FROB por el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero

Con la aprobación del Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero (137), se persigue un doble objetivo. De un lado, reforzar la solvencia de todas las entidades de crédito, mediante el establecimiento de un nivel elevado de exigencia respecto al capital de máxima calidad. De otro, acelerar la fase final de los procesos de reestructuración de las entidades financieras.

Las medidas que dicho Real Decreto-ley introduce se articulan en torno a esos dos grandes objetivos. Entre ellas, se procede a adaptar el FROB como instrumento público para facilitar la nueva capitalización exigida. A tal fin, los principales cambios introducidos en el régimen jurídico del FROB son los siguientes:

a) Se modifica el artículo 3 del Real Decreto-ley 9/2009, relativo a la composición de la Comisión Rectora del FROB, que pasa a estar integrada por nueve miembros nombrados por la Ministra de Economía y Hacienda. De esos nueve miembros dos lo serán en representación del Ministerio de Economía y Hacienda, uno de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, otro de la Secretaría de Economía, cuatro a propuesta del Banco de España y tres en representación de los fondos de garantías de depósitos.

b) Se reforma el Título II del Real Decreto-ley 9/2009, dando nueva redacción a los artículos 9 y 10, e introduciendo tres nuevos artículos (arts. 11 a 13).

— En el nuevo artículo 9 se establecen los instrumentos de los que dispondrá el FROB para el reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito. El Fondo podrá adoptar medidas de apoyo financiero como la adquisición de acciones ordinarias representativas del capital social o aportaciones al capital social emitidas por bancos y cooperativas de crédito que precisen reforzar sus recursos propios y así lo soliciten. No será necesario, para ello, que se encuentren en una situación de dificultad económico-financiera que pueda afectar a su viabilidad en los términos del artículo 6.

En todo caso, la suscripción de los títulos se condicionará a la elaboración por la entidad solicitante de un plan de recapitalización que deberá ser aprobado por el Banco de España. Se mantiene la exigencia de que, con carácter previo a la decisión de suscripción de títulos, se eleve al titular del Ministerio de Economía y Hacienda una memoria económica en la que se detalle el impacto financiero de la adquisición, pudiendo éste oponerse motivadamente en el plazo de 5 días hábiles desde que la memoria es elevada.

Las aportaciones comprometidas por el FROB podrán realizarse en efectivo o mediante entrega de valores representativos de deuda pública o valores emitidos por el propio Fondo. También podrá satisfacer las aportaciones comprometidas mediante la compensación de los créditos que ostente frente a las entidades beneficiarias.

En el apartado quinto del nuevo artículo 9 se contienen las normas de valoración que regirán la adquisición o suscripción de títulos por parte del FROB. Se dispone que el precio se fijará de acuerdo con el valor económico de la entidad de crédito, que será determinado por uno o varios expertos independientes designados por el FROB, a través de un procedimiento que seguirá las metodologías comúnmente aceptadas y atendiendo al valor de mercado.

La suscripción de acciones por el FROB dará lugar, de forma inmediata, a su incorporación al órgano de administración de la entidad emisora en la proporción que resulte de su participación en la entidad, con la finalidad de garantizar el cumplimiento adecuado del plan de recapitalización.

Por lo que se refiere a la desinversión por parte del Fondo, se establece que ésta se realizará mediante su enajenación a través de procedimientos que aseguren la competencia y dentro de un plazo no superior a cinco años a contar desde la fecha de suscripción. En todo caso, el FROB podrá concurrir junto con alguno o algunos de los demás socios o accionistas de la entidad de crédito en cuestión a los eventuales procesos de venta de títulos en los mismos términos que éstos pudieran concertar. En el plazo máximo de un año desde la fecha de suscripción o adquisición, el FROB podrá revender los títulos suscritos o adquiridos a las entidades que los hubieran emitido o a terceros propuestos por éstas, en condiciones de mercado y siempre que el precio de venta proporcione una rentabilidad apropiada a la inversión realizada. El plazo máximo podrá alcanzar los dos años, en cuyo caso se podrá exigir a las entidades solicitantes compromisos adicionales a los establecidos en su plan de recapitalización. Tanto para la fijación del precio de suscripción como para la enajenación se exigirá previo informe de la Intervención General de la Administración del Estado.

— El artículo 10 contiene el régimen de adquisición por el FROB de participaciones preferentes convertibles en aportaciones al capital social de las cooperativas de crédito, régimen que reproduce el previsto hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley.

— El artículo 11 establece un plazo de tres meses para el traspaso de la totalidad de la actividad financiera de las cajas que soliciten los apoyos del artículo 9, bien al banco a través del cual ejerzan indirectamente su actividad, bien al banco correspondiente en su proceso de transformación en fundación, bien al banco que actúe como entidad central del SIP del que en su caso formen parte.

— El artículo 12 precisa el contenido del plan de recapitalización que necesariamente deberá elaborar la entidad para que el Fondo suscriba los correspondientes títulos de su capital social. Dicho plan deberá incluir un plan de negocio en el que se fijen objetivos relativos a la eficiencia, rentabilidad, niveles de apalancamiento y liquidez. En esta línea, la norma también dispone que las entidades solicitantes deberán asumir compromisos de reducción de costes de estructura, de mejora de su gobierno corporativo y de concesión de financiación a pequeñas y medianas empresas, en términos comparables con los objetivos establecidos en su plan de negocio. El FROB podrá exigir compromisos adicionales para preservar el uso eficiente de los recursos públicos, así como el suministro de información periódica a fin de cumplir con sus obligaciones de información a las autoridades europeas.

— Por último, el artículo 13 establece para las entidades solicitantes la obligación de cumplimiento de normas de buen gobierno corporativo.

VI. CONCLUSIONES

1. El artículo 107.1 del TFUE contiene el principio general de incompatibilidad de las ayudas estatales con el mercado interior. No obstante, los apartados 2 y 3 del mismo artículo contemplan una serie de excepciones a esa prohibición general, a favor de ciertos tipos de ayudas públicas que, pese a distorsionar de algún modo la competencia, se consideran beneficiosas para corregir fallos del mercado o porque persiguen objetivos de interés general comunitario. No obstante, tales excepciones deben interpretarse de forma estricta.

2. Dado que las ayudas estatales pueden adoptarse bajo cualquier forma, las medidas de carácter fiscal pueden ser un tipo de ayuda estatal indirecta cuando concurren todos los elementos necesarios para ello. Uno de los aspectos más controvertidos en relación con este tipo de ayudas es la interpretación del requisito de la selecti-

vidad. La Comisión y el TJUE consideran que el concepto de ayuda de Estado comprende cualquier medida que suponga una ventaja económica a favor de una o varias empresas con independencia de la finalidad perseguida con aquélla, ya que el concepto de ayuda estatal no distingue según las causas o los objetivos de tales medidas, sino que las define en función de sus efectos. La doctrina de los efectos contribuye a ampliar enormemente el concepto de ayuda estatal y, en determinados casos, a generar confusión sobre su alcance y límites, pues no sólo son selectivas aquellas medidas que benefician a una sola empresa o un conjunto de ellas, o a uno o varios sectores de la economía, sino que medidas en principio generales pueden considerarse selectivas de facto si, por ejemplo, son susceptibles de influir en el comercio a favor de las empresas estatales, están diseñadas de forma que sólo resultan aplicables a un número limitado de operadores o reconocen ciertas facultades discrecionales en su aplicación a las autoridades nacionales. No obstante, en los últimos años se aprecia cierta tendencia a poner límites al elemento de la selectividad. Esta circunstancia se aprecia claramente en relación con la selectividad territorial, donde los tribunales comunitarios han reiterado que el marco de referencia desde el que analizar el carácter general o selectivo de una medida puede ser el territorio de una región o municipio cuando éste sea suficientemente autónomo del gobierno central, es decir, disponga de autonomía institucional, procedimental y económica o financiera (sentencias *Azores*, *País Vasco* y *Gibraltar*). En cambio, la búsqueda de límites en el ámbito de la selectividad material (pese a las conclusiones que se desprenden del asunto sobre la reforma del sistema de tributación societaria gibraltareño o de las decisiones de la Comisión sobre los regímenes de tributación de intereses intragrupo neerlandés y húngaro) está resultando más problemática, como muestra el asunto *British Aggregates*. En cualquier caso, el rigor empleado en el control de las ayudas fiscales contrasta con la actitud mostrada por la Comisión en el control de la compatibilidad de las ayudas a las entidades financieras en el contexto de la crisis económica actual.

3. Hasta la aparición de la crisis en la segunda mitad de 2007, el objetivo de la Comisión en materia de ayudas de Estado era reducirlas y reorientarlas hacia objetivos horizontales de interés comunitario (investigación y desarrollo, medio ambiente, empleo, etc.). La crisis ha obligado a la Comisión a replantear su postura y a autorizar un importantísimo volumen de ayudas al sector bancario, cuando en circunstancias normales no suele tener buena opinión sobre las ayudas sectoriales y se ha mostrado reticente a autorizar ayudas públicas a empresas en dificultades, pues son las que distorsionan en mayor medida la competencia.

4. En un escenario de profunda crisis financiera y económica global, la Comisión ha reaccionado con agilidad

y destreza ante el peligro evidente de ser desplazada por los Estados miembros. Su estrategia ha consistido en respetar los principios y fundamentos básicos del sistema de control de ayudas estatales, pero introducir grandes dosis de flexibilidad en su aplicación, particularmente en el régimen de excepciones a la prohibición general de ayudas, en el deber de notificación y en los procedimientos de control. Con esta estrategia la Comisión ha buscado, por un lado, ofrecer seguridad jurídica a los operadores del mercado, contribuyendo a restablecer la confianza, pero, por otro, también ha pretendido legitimar su propio papel en la gestión de la crisis.

5. Al amparo de las orientaciones ofrecidas por la Comisión en sus comunicaciones sobre ayudas de Estado y sector financiero, España, al igual que otros Estados miembros, ha adoptado medidas de apoyo al sector bancario que han contado con las bendiciones de aquélla. La más importante de esas medidas es el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que constituye un importante instrumento de apoyo financiero al actual proceso de reordenación de las cajas de ahorros en nuestro país.

6. Ahora bien, la crisis financiera y económica actual no debe utilizarse como excusa para enervar la aplicación de las normas sobre competencia, y especialmente de las normas sobre ayudas estatales, si no se quiere que la UE salga de la crisis más debilitada. Conviene recordar, en este sentido, que una de las causas de la crisis ha sido la ausencia de mecanismos de supervisión adecuados. Uno de los retos más importantes que la Comisión tiene por delante es regresar, a medida que la crisis pase, a la «normal» aplicación de las reglas sobre ayudas de Estado. El uso del artículo 107.3.b) del TFUE no puede ni debe ser indefinido, sino sólo mientras que la situación de crisis lo justifique. No obstante, todavía no se conoce bien cómo y cuándo la Comisión va a considerar que se ha salido de la crisis y, además, no todos los Estados lo harán al mismo tiempo, por lo que cabe esperar que esa vuelta será gradual y teniendo en cuenta las particularidades de cada Estado.

NOTAS

(*) El presente trabajo se concluyó a mediados de septiembre de 2010. No obstante, con posterioridad a esa fecha se han producido algunos cambios normativos que, aunque no afectan esencialmente a su contenido, sí tienen incidencia sobre él. En fase de corrección de pruebas se ha dejado constancia de dichos cambios, realizando las modificaciones oportunas en el texto. El trabajo se ha cerrado definitivamente el 10 de marzo de 2011.

(1) NEELIE KROES, Comisaria de la Competencia en aquel momento, afirma: «*Throughout those first weeks after the collapse of Lehman Brothers, the Commission faced great pressure to set aside the competition rules on State aid, in order to allow EU Member States freedom to implement financial sector rescue measures as they saw fit*» (Kroes, 2010:3).

(2) N. KROES: «The role of state aid in tackling the financial & economic crisis», SPEECH/08/683, Bruselas, 8 de diciembre de 2008.

(3) *Vid.*, en el mismo sentido, ARMENGOL I GASULL (2009: 6), y MARCOS FERNÁNDEZ (2009: 261-263).

(4) Versión consolidada del Tratado publicada en *DOUE* C-83, 30 de marzo de 2010, pp. 47 y ss. La numeración de los artículos sobre ayudas estatales ha variado a lo largo del tiempo. Originariamente, las normas sobre ayudas de Estado se contenían en los artículos 92 a 94 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (TCE). Tras el Tratado de Ámsterdam de 1997, pasaron a recogerse en los artículos 87 a 89 del TCE. Después del Tratado de Lisboa se contemplan en los artículos 107 a 109 del TFUE. También a raíz del Tratado de Lisboa, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha pasado a denominarse «Tribunal de Justicia», y el Tribunal de Primera Instancia (TPI) «Tribunal General». Dado que las sentencias citadas en este trabajo son en su práctica totalidad anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, hemos optado por mantener en la cita de jurisprudencia las siglas correspondientes a la antigua denominación.

(5) *Vid.*, por ejemplo, STJCE de 24 de julio de 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, Rec. 2003, p. I-7747, y Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, *DOUE* C-384, de 10 de diciembre de 1998, aps. 8 a 12.

(6) SSTJCE de 14 de noviembre de 1984, *Intermills/Comisión*, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 3809, ap. 31; de 13 de marzo de 1985, *Países Bajos y Papierwarenfabrik/Comisión*, asuntos acumulados 296 y 318/82, Rec. 1985, p. 809; de 10 de julio de 1986, *Meura y Bélgica/Comisión*, asunto 234/84, Rec. 1986, p. 2263, ap. 14; de 10 de julio de 1986, *BOSCH y Bélgica/Comisión*, asunto 40/85, Rec. 1986, p. 2321, ap. 13; y 21 de marzo de 1990, *Bélgica/Comisión*, asunto C-142/87, Rec. 1990, p. I-959, aps. 25-29; de 1 de junio de 2006, asuntos acumulados C-442/03 P y C-471/03 P, *P&O European Ferries (Vizcaya) S.A., y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión*, Rec. 2006, p. I-4845.

(7) STPI de 11 de julio de 2002, *Hijos de Andrés Molina (HAMSA)*, T-152/99, Rec. 2002, p. II-3049, ap. 127.

(8) STJCE de 3 de julio de 2003, *Chronopost y otros/Ufex y otros*, asuntos acumulados C-83/01 P, C-93/01 P, C-94/01 P, Rec. 2003, p. I-6993, aps. 38-39.

(9) STJCE de 16 de mayo de 2002, *Francia/Comisión*, C-482/99, Rec. 2002, p. I-4397, ap. 71.

(10) No obstante, se considera que las ayudas públicas de escasa cuantía (ayudas *de minimis*), es decir, aquéllas de hasta 200.000 euros durante tres ejercicios fiscales, carecen de efecto potencial sobre la competencia y los intercambios comerciales entre Estados miembros, por lo que no constituyen ayudas de Estado y, en consecuencia, no deben notificarse a la Comisión. Tales ayudas *de minimis* se regulan en el Reglamento (CE) n.º 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis* (*DOUE* L-379, de 28 de diciembre de 2006, p. 5).

(11) En la práctica, la Comisión exige que la ayuda se notifique para que se verifique la procedencia de la aplicación de cualquiera de las excepciones establecidas en el art. 107.2 TFUE. Respalda la obligación de notificar la STJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris Holland BV/Comisión*, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671, ap. 17.

(12) Excepcionalmente, el artículo 108.2 del TFUE atribuye al Consejo la competencia excepcional de declarar, por unanimidad y previa petición de un Estado miembro, compatible con el mercado interior determinadas ayudas que dicho Estado haya concedido o vaya a conceder, cuando circunstancias excepcionales lo justifiquen. No obstante, *vid.* STJCE de 22 de junio de 2006, C-399/03, *Comisión/Consejo*, Rec. 2006, p. I-5629, aps. 23 a 25.

Los distintos procedimientos de control de las ayudas estatales se regulan, aunque determinados aspectos han sufrido modificaciones puntuales, en los Reglamentos (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo (*DOUE* L-83, de 27 de marzo de 1999, pp. 1-9), y número 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004 (*DOUE* L-140, de 30 de abril de 2004, pp. 1-134).

(13) Omitimos la referencia a las ayudas existentes y abusivas, porque no tienen interés a efectos de este trabajo.

(14) Arts. 2 a 9 del Reglamento 659/1999, de 22 de marzo.

(15) Arts. 10 a 15 del Reglamento 659/1999, de 22 de marzo.

(16) *Vid.* «Plan de Acción de Ayudas Estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 - 2009», COM (2005) 107 final, Bruselas, 7 de junio de 2005: 1-20.

(17) Reglamento (CE) 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, *DOUE* L-214, de 9 de agosto de 2008. El Reglamento incluye las siguientes categorías de ayudas: ayudas regionales; ayudas a pequeñas y medianas empresas; ayudas a iniciativas empresariales de mujeres; ayudas a la investigación, desarrollo e innovación; ayudas para la protección del medio ambiente; ayudas en forma de capital riesgo; ayudas a la formación, y ayudas a favor de los trabajadores desfavorecidos y discapacitados.

(18) Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas ayudas estatales, *DOUE* C-136, 16 de junio de 2009. Dicho procedimiento simplificado se aplica sólo a determinadas categorías de ayudas notificadas: las ayudas que entran en las secciones de «evaluación normal» de marcos o directrices existentes; las medidas que corresponden a la práctica decisoria consolidada de la Comisión; y la prórroga o extensión de regímenes existentes.

(19) *DOUE* C-136, de 16 de junio de 2009, pp. 13 y ss.

(20) Para una estudio más detenido de concepto y control de las ayudas estatales de carácter tributario, *vid.* MORENO GONZÁLEZ (2006).

(21) En concreto, en el período 2006-2008, sin tener en cuenta las ayudas concedidas en el contexto de la crisis financiera, fue el segundo instrumento de ayuda más empleado por el conjunto de los Estados miembros, representando el 42 por 100 del total, sólo superado por las subvenciones, que supusieron el 53 por 100 del total de ayudas estatales. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Fact and figures on State aid in the EU Member States*, SEC (2009) 1638, 7 de diciembre de 2009: 34-35.

(22) *DOUE* C-384, de 10 de diciembre de 1998, pp. 3-9.

(23) Informe sobre la aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, C (2004) 434, Bruselas, 9 de febrero de 2004, sección 3, aps. 71 a 74.

(24) *Vid.* SSTJCE de 29 de abril de 2004, *Países Bajos/Comisión*, C-159/01, Rec. 2004, p. I-4461; y de 29 de abril de 2004, *Gil Insurance Ltd.*, C-308/01, Rec. 2004, p. I-4777.

(25) Conclusiones del Abogado General Sr. RUIZ JARABO a la STJCE de 19 de mayo de 1999, asunto C-6/97, *Italia/Comisión*, Rec. 1999, pág. I-2981, ap. 27.

(26) Rec. 2006, p. I-289.

(27) Rec. 2009, p. II-289.

(28) Rec. 2009, p. II-23.

(29) *DOUE* L-268, de 27 de septiembre de 2006, p. 1.

(30) STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, Rec. 2001, p. I-8395, ap. 41.

(31) Expresión empleada por primera vez en la STJCE de 2 de julio de 1974, *Italia/Comisión*, 173/73, Rec. 1974, p. 709, ap. 33.

(32) Aps. 23 a 27 de la Comunicación de 1998. La Comunicación cita como ejemplos de tratos diferenciados justificados la progresividad de un baremo impositivo sobre los ingresos o los beneficios, el cálculo de las amortizaciones del activo o los métodos de valoración de existencias, las disposiciones establecidas en relación con la recaudación de deudas fiscales, los derivados de las diferencias objetivas entre contribuyentes, o las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición.

(33) *Vid.* STJCE de 29 de abril de 2004, *Países Bajos/Comisión*, C-159/01, Rec. 2004, p. I-4461, aps. 44-46.

(34) Rec. 2008, p. II-3745. Esta sentencia ha sido recurrida ante el Tribunal de Justicia, asuntos C-106/09 P y C-107/09 P.

(35) Con la reforma de la imposición societaria gibraltareña se buscaba reemplazar los regímenes fiscales a favor de las compañías exentas y cualificadas, considerados ayudas estatales incompatibles, por un nuevo sistema general de imposición que comprendía tres impuestos: 1) el impuesto sobre el número de empleados (3.000 GBP por empleado y año); 2) la tasa anual de registro (300 ó 150 GBP anuales en función de si se generan beneficios o no), y 3) el impuesto sobre superficie ocupada. El límite máximo del impuesto sobre el número de empleados y del impuesto sobre superficie ocupada sería igual al 15 por 100 de los beneficios. Además, se preveía un impuesto adicional sobre los beneficios (*top-up tax*) aplicable a las sociedades de servicios financieros, con un tipo comprendido entre el 4 por 100 y el 6 por 100 del beneficio. El total de los impuestos pagados anualmente por estas sociedades (impuesto sobre el número de empleados, impuesto sobre superficie ocupada e impuesto adicional) no superará el 15 por 100 del beneficio. En el caso de las empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos, el tipo del impuesto adicional alcanza el 35 por 100 del beneficio.

(36) Decisión 2005/261/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 2004 (*DOUE* L-85, de 2 de abril de 2005, pp. 1-25).

(37) Ap. 144.

(38) Ap. 173.

(39) Ap. 179.

(40) *Vid.*, entre otras, STJCE de 26 de septiembre de 1996, C-241/94, *Kimberly Clark*, Rec. 1996, p. I-4551, ap. 21.

(41) Por ejemplo, ayudas a un grupo de empresas español en el marco de un procedimiento de suspensión de pagos. STJCE de 14 de septiembre de 2004, *España/Comisión*, C-276/02, Rec. 2004, p. I-8091.

(42) Como las dedicadas a la producción de bienes frente a las que se dedican a la producción de servicios. STJCE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, Rec. 2001, p. I-8365.

(43) Por ejemplo, ayudas fiscales al sector bancario en el marco de un proceso de privatización. SSTJCE de 15 de diciembre de 2005, *Italia/Comisión*, C-66/02, Rec. 2005, p. I-10901; y *Unicredito Italiano Spa*, C-148/04, Rec. 2005, p. I-11137; STG de 1 de julio de 2010, T-335/08, *BNP Paribas* (pendiente de publicación en Recopilación).

(44) Entre otras, ayudas a determinadas especialidades dentro del sector de prestación de servicios médicos, STJCE de 3 de marzo de 2005, *W. Heiser/Finanzamt Innsbruck*, C-172/03, Rec. 2005, p. I-1627.

(45) *Vid.* Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, de 1 de diciembre de 1997, relativa a un Código de Conducta en el ámbito de la fiscalidad de las empresas (*DOUE* C-2, 6 de enero de 1998). Asimismo, el denominado «Informe Primarolo», presentado al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999 (SN4901/99), en el que se enumeran las medidas fiscales de los distintos Estados miembros identificadas como perniciosas a la luz de los criterios establecidos en el Código de Conducta.

(46) Para un estudio más detallado de las decisiones de la Comisión sobre los distintos regímenes tributarios preferenciales a favor de multinacionales *vid.* PINTO (2003: 166-193); ROSSI-MACCANICO (2007: 941-960).

(47) C (2009) 4511 final, de 8 de julio de 2009.

(48) Decisión de 7 de febrero de 2007, *DOUE* C-66, de 22 de marzo de 2007.

(49) La Comisión cita en este sentido la STJCE *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rec. 2006, p. I-7995, aps. 36 y 37.

(50) Ayuda C 10/07 (ex NN 13/07), *DOUE* L-42, de 17 de febrero de 2010. Dicho régimen, sólo aplicable a las operaciones intra-grupo, prevé la posibilidad de deducir de la base imponible en Hungría el 50 por 100 del importe del interés neto recibido de empresas afiliadas —que es el saldo entre los intereses recibidos de las empresas afiliadas y los intereses abonados a las mismas—. Ello significa que sólo se tributa sobre la mitad de los intereses netos recibidos, mientras que la aplicación normal del sistema tributario implicaría la obligación de tributar por el importe completo. Paralelamente, a nivel de la empresa afiliada que paga los intereses netos, el 50 por 100 de los intereses netos pagados se añade a la base imponible, por lo que, en lugar de deducir toda la cantidad, sólo deduce la mitad. La cantidad máxima deducible se sitúa en el 50 por 100 de los beneficios antes de impuestos. El régimen es opcional y se refiere únicamente a los intereses recibidos y abonados a empresas afiliadas.

(51) En esta línea se han pronunciado MARTÍN JIMÉNEZ (2001: 93); ROSSI-MACCANICO (2007: 957-958); LUJA (2008: 86-87); CALDERÓN (2010: 17-18).

(52) Decisión C (2002) 1478 final, de 24 de abril de 2002, Ayuda N 863/2001.

(53) STPI de 13 de septiembre de 2006, T-210/02, Rec. 2006, p. II-2789, aps. 104 y ss.

(54) Rec. 2008, p. I-10505, aps. 86 a 92.

(55) STJCE de 11 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, Rec. 2008, p. I-6747, ap. 48.

(56) STPI de 18 de diciembre de 2008, asuntos T-211/04 y T-215/04, *Gibraltar y Reino Unido/Comisión*, Rec. 2008, p. II-3745, recurrida en casación, asuntos C-106/09 P y C-107/09 P.

(57) Rec. 2008, p. I-3745.

(58) Aps. 129 a 135.

(59) CALDERÓN CARRERO y RUIZ ALMENDRAL (2007); MANZANO SILVA (2009: 22-27). En este sentido, recientemente, la STJCE de 17 de noviembre de 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Sardegna*, C-169/08 (no publicada todavía en Recopilación), ha declarado contrario al artículo 107.1 del TFUE un impuesto regional exigido por la Región de Cerdeña sobre las escalas de aeronaves y embarcaciones en Cerdeña, que no resulta aplicable a las entidades domiciliadas en territorio sardo. A juicio del Tribunal, tal medida genera una ayuda de Estado para las entidades domiciliadas en tal región.

(60) Rec. 2004, p. I-6717.

(61) *Vid.* Resolución 1/2006, de 15 de junio, de la Dirección General de Tributos, sobre las limitaciones a la aplicación de la deducción por actividades de exportación en el Impuesto sobre Sociedades a partir de la Decisión de la Comisión Europea de 22 de marzo de 2006, en relación con la Ayuda E22/2004-España, *BOE* n.º 150, de 24 de junio de 2006. Asimismo, disposiciones adicional décima y transitoria vigésima primera del TRLIS y disposición derogatoria segunda de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

(62) Ayuda C45/2007 (ex NN51/2007, ex CP9/2007), C (2009) 8107 final.

(63) *Vid.* Respuestas a las preguntas escritas E-4431/05 y E-4772/05.

(64) Decisión de la Comisión de 10 de octubre de 2007, *DOUE* C-311, de 21 de diciembre de 2007, pp. 21-27.

(65) *Vid.* Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011 sobre las adquisiciones de participaciones de entidades residentes fuera de la Unión Europea.

(66) *Vid.* disposición adicional de la Ley 2/2010, de 1 de marzo, *BOE* n.º 53, de 2 de marzo de 2010.

(67) Rec. 2006, p. II-98.

(68) No publicada en Recopilación.

(69) Ap. 28.

(70) Decisión 1999/718, de 24 de febrero de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por España a favor de Daewoo Electronics Manufacturing España SA (Demesa), *DOUE* L-292, de 13 de noviembre de 1999, pp. 1-22; y Decisión 2000/795/CE de 22 de diciembre de 1999, relativa a la ayuda estatal ejecutada por España a favor de Ramondín SA y Ramondín Cápsulas SA, *DOUE* L-318 de 16 de diciembre de 2000, pp. 36-61.

(71) SSTPI de 6 de marzo de 2002, *Álava y Demesa/Comisión*, asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99, Rec. 2002, p. II-1275, aps. 142 y 146; y *Álava y Ramondín/Comisión*, asuntos acumulados T-92/00 y T 103/00, Rec. 2002, p. II-3651, aps. 27 y 57.

(72) SSTJCE de 11 de noviembre de 2004, asuntos acumulados C-183/02 P y C-187/02 P, *DEMESA*, Rec. 2004, p. I-10609, aps. 59, 69 y 70; y asuntos acumulados C-186/02 P y C-188/02 P, *Ramondín*, Rec. 2004, p. I-10653, aps. 42 a 47.

(73) Decisiones de 11 de julio de 2001 sobre el régimen de ayudas estatales aplicado a ciertas empresas de nueva creación en Álava (*DO* L-314 de 18 de noviembre de 2002, pp. 1-16), en Guipúzcoa (*DO* L-174 de 4 de julio de 2002, pp. 31-45), en Vizcaya (*DO* L-279 de 17 de octubre de 2002, pp. 35-49); y sobre el régimen de ayudas estatales en forma de un crédito fiscal del 45 por 100 de las inversiones aplicado en Álava (*DO* L-296 de 30 de octubre de 2002, pp. 1-19), en Guipúzcoa (*DO* L-314 de 18 de noviembre de 2002, pp. 26-44) y en Vizcaya (*DO* L-17 de 22 de enero de 2003, pp. 1-19). Asimismo, Decisión de 11 de julio de 2001 sobre el régimen de ayudas estatales aplicado a ciertas empresas de nueva creación en Navarra (*DO* L-314 de 18 de noviembre de 2002, pp. 17-25).

(74) Decisiones de la Comisión de 20 de diciembre de 2001, relativas a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 a favor de algunas empresas de reciente creación en Álava (*DOCE* L-17 de 22 de enero de 2003, pp. 20-39), en Guipúzcoa (*DOCE* L-77 de 24 de marzo de 2003, pp. 1-20) y en Vizcaya (*DOCE* L-40 de 14 de febrero de 2003, pp. 11-31).

(75) *Vid.* SSTPI de 23 de octubre de 2002, *Guipúzcoa, Álava y Vizcaya/Comisión*, asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, Rec. 2002, p. II-4217, ap. 57; y *Guipúzcoa, Álava, Vizcaya/Comisión*, asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, Rec. 2002, p. II-4259, ap. 53; y SSTPI de 9 de septiembre de 2009, *Territorios Históricos de Álava, Vizcaya y Guipúzcoa/Comisión*, asuntos acumulados T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, recurridos en casación ante el Tribunal de Justicia, asuntos C-471 a 476/09 P; *Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya/Comisión*, asuntos acumulados T-230/01 a T-232/01 y T-267/01 a T-269/01. En relación con las exenciones en el impuesto sobre sociedades a favor de la creación de nuevas empresas, la STJCE de 20 de septiembre de 2007, *Comisión/Reino de España*, asunto C-177/06, Rec. 2007, p. I-7689, admitió el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España al no haber procedido a la recuperación de las ayudas declaradas ilegales e incompatibles en virtud de las decisiones de 20 de diciembre de 2001. Y la STPI de 9 de septiembre de 2009, *Territo-*

rios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya/Comisión, asuntos acumulados T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02 (recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia, asuntos C-465 a 470/09 P), ha desestimado los recursos de anulación interpuestos frente a tales decisiones.

(76) *DOUE* C-244, de 1 de octubre de 2004. Las directrices han sido prorrogadas recientemente (*DOUE* C-156/3, 9 de julio de 2009).

(77) Decisión de 5 de diciembre de 2007, Ayuda NN 70/2007.

(78) Decisión de 30 de abril de 2008, Ayuda NN 25/2008.

(79) Decisión de 4 de junio de 2008, Ayuda C9/2008, *DOUE* L-104/34, de 24 de abril de 2009.

(80) Decisión de 31 de julio de 2008, Ayuda NN 36/2008.

(81) Decisión de 1 de octubre de 2008, Ayuda NN 41/2008.

(82) Decisión de 2 de octubre de 2008, Ayuda NN 44/2008.

(83) *Vid.* ap. 1.4, de las directrices SyR.

(84) En el ámbito de las directrices SyR, la Comisión considera que una empresa se encuentra en crisis «si es incapaz, mediante sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a inyectarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo» (ap. 9).

(85) 13784/08 (Presse 279).

(86) Las conclusiones del ECOFIN enumeran los siguientes principios: a) las intervenciones deben ser oportunas y la ayuda debe ser, en principio, temporal; b) los Estados miembros se mantendrán vigilantes por lo que respecta a los intereses de los contribuyentes; c) los accionistas deben soportar las consecuencias de la intervención; d) los Estados miembros deben estar en condiciones de realizar un cambio de dirección; e) la dirección no deberá retener beneficios indebidos y los gobiernos tendrán poder para intervenir en la remuneración; f) debe protegerse el interés legítimo de los competidores, en especial a través de las normas sobre ayudas estatales; g) deben evitarse las repercusiones negativas.

(87) *DOUE* C-270, de 26 de octubre de 2008.

(88) *DOUE* C-10, de 15 de enero de 2009.

(89) *DOUE* C-72, de 26 de marzo de 2009.

(90) *DOUE* C-195, de 11 de agosto de 2009.

(91) *DOUE* C-16, de 22 de enero de 2009. El análisis del Marco temporal queda fuera del ámbito de este trabajo. Para un examen exhaustivo de los criterios establecidos en él *vid.* LUJA, R. (2009: 153-158).

(92) El volumen de las medidas aprobadas por la Comisión (incluidos los regímenes y las intervenciones ad hoc) como consecuencia de la crisis financiera a favor del sector bancario, en el período comprendido entre octubre de 2008 y 31 de marzo de 2010, asciende a 4.131,1 millones de euros. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Marcador de ayudas estatales. Informe sobre la evolución reciente de las ayudas concedidas al sector financiero en el contexto de la crisis. Actualización a primavera de 2010*, COM (2010) 255 final, Bruselas, 27 de mayo de 2010:6.

(93) La Comisión empleó esta excepción en la Decisión de 7 de octubre de 1987 relativa a un plan griego de ayudas a la industria del país en el marco de una grave crisis económica nacional (*DOUE* L-76, de 22 de marzo de 1988).

(94) *Vid.*, al respecto, STPI de 15 de diciembre de 1999, *Freistaat Sachsen/Comisión*, asuntos acumulados T-132/96 y T-143/96, Rec. 1999, p. II-3663, ap. 167; Decisión de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a las medidas decididas por el Gobierno francés en el sector porcino (*DOUE* L-289, de 10 de noviembre de 1994), y Decisión de 17 de noviembre de 1987, relativa a la ayuda concedida por

un Land de la República Federal de Alemania a una empresa que fabricaba productos de aluminio semiacabados y acabados (DOUE L-79, de 24 de marzo de 1988). Esta misma doctrina es seguida en las decisiones adoptadas por la Comisión, entre septiembre de 2008 y septiembre de 2009, por las que se autorizan las ayudas a determinadas entidades financieras, anteriormente citadas.

(95) Discurso de J. ALMUNIA: «State aid rules can help Europe exit crisis», SPEECH/10/301, Bruselas, 10 de junio de 2010.

(96) GERARD (2009: 56) da noticia del recurso presentado por los accionistas contra la nacionalización de *Fortis Bank* Bélgica seguida de la venta a *BNP Paribas*, precisamente a causa de la falta de notificación y la aplicación inadecuada de lo que se percibe como una ayuda ilegal.

(97) Ap. 30 de las Directrices SyR.

(98) «Minutes of the 1845th meeting of the Commission held in Brussels on Wednesday 1 October 2008», PV (2008) 1845 final, ap. 10.4.

(99) De la misma opinión, CALVO SALINERO y PASTORIZA VÁZQUEZ (2009, página 16 del ejemplar facilitado amablemente por los autores).

(100) Teniendo en cuenta la duración actualmente imprevisible de la crisis financiera, la Comisión considera necesario, para la compatibilidad de cualquier régimen general de ayudas, que el Estado miembro efectúe, cada seis meses, un análisis que incluya una justificación sobre la necesidad de seguir aplicándolo y someta dicho análisis a la consideración de la Comisión. Siempre que dicho análisis se realice regularmente, su aprobación puede, en principio, cubrir un período de más de seis meses y hasta un máximo de dos años. Puede prorrogarse, previa aprobación de la Comisión, siempre que la crisis de los mercados financieros así lo requiera.

(101) Por ejemplo, ap. 18 de la Comunicación de 1998 sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas.

(102) La STJCE de 8 de noviembre de 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Rec. 2001, p. I-8365, ap. 48, señaló que el hecho de que sean muy numerosos los sectores de la economía que pueden beneficiarse de la medida no convierte la intervención estatal en una medida general. Asimismo, la STJCE de 15 de diciembre de 2005, C-148/04, *Unicredito*, ap. 45, consideró selectivas unas medidas de las que se beneficiaba exclusivamente el sector bancario.

(103) Ayuda de Estado NN 70/2007, C (2007) 6127 final, aps. 32 a 34.

(104) La Comunicación acoge un régimen de fijación de precios propuesto por el Banco Central Europeo el 20 de noviembre de 2008, consistente en una horquilla de precios lo suficientemente elevada como para incentivar que el capital público sea reembolsado cuando lo permita el mercado. Los tipos de remuneración son mayores para los bancos en dificultades.

(105) Vid. anexo II de la Comunicación sobre activos deteriorados.

(106) «En muchos Estados miembros se están multiplicando las quejas de empresas a las que se deniega el acceso al crédito y da la impresión de que la restricción crediticia va más allá de lo justificable en función de las consideraciones coyunturales» (Comunicación sobre activos deteriorados, ap. 5).

(107) Vid. Comunicación sobre recapitalización, ap. 42, y comunicación sobre activos deteriorados, sección sexta y anexo V.

(108) Para un análisis detallado de las diferencias entre las directrices SyR y la comunicación sobre reestructuración en el sector bancario, vid. BOMHOFF, JAROSZ-FRIIS y PESARESI (2009).

(109) Ap. 44 de las directrices SyR.

(110) Sección 3.3., aps. 72 a 77, de las directrices SyR.

(111) DOUE C-329, 7 de diciembre de 2010, pp. 7-10. Asimismo se han llevado a cabo cambios en el Marco temporal de la Unión apli-

cable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (DOUE C-6, 11 de enero de 2011, pp. 5-15).

(112) Se excluyen del análisis las ayudas adoptadas por España a la luz del *Marco temporal comunitario* y destinadas a empresas pertenecientes a sectores distintos del bancario, tales como el régimen temporal español para apoyar la producción de vehículos ecológicos (Ayuda N 140/2009, IP/09/499), el régimen temporal de ayuda para conceder cantidades limitadas de ayuda compatible (Ayuda N 307/2009, IP/09/889), y el régimen de garantías con arreglo al Marco temporal (Ayuda N 68/200), así como su modificación (Ayuda N 157/2010).

(113) El Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, de medidas urgentes en materia económico-financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro, ha sido modificado por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo. Asimismo, la Orden de desarrollo ha sido modificada por la Orden EHA/3748/2008, de 23 de diciembre, y la Orden EHA/3319/2009, de 10 de diciembre.

(114) Ayuda NN 54/B/2008, autorizada por carta de 23 de diciembre de 2008, C (2008) 8960 final corr. La autorización se publicó en el DO C-122, de 30 de mayo de 2009. Vid., asimismo, IP/08/2049.

(115) Decisiones N 336/2009, de 26 de junio; N 588/2009, de 1 de diciembre; N 263/2010, de 28 de junio, y N 530/2010, de 29 de noviembre.

(116) No obstante, según se desprende del Marcador de ayudas de Estado actualizado a primavera de 2009, el importe máximo de fondos destinados a la medida en relación con el producto interior bruto (PIB) español está en línea con la actuación de otros Estados miembros que adoptaron medidas parecidas. Dicho importe máximo representaba el 19,39 por 100 del PIB español, por lo que, de los dieciséis Estados miembros que habían adoptado medidas similares, España ocupaba el séptimo lugar en volumen de fondos en porcentaje del PIB (tabla 2, p. 17). Extremo advertido por ESTOA PÉREZ, A. (2010: 292, nota n.º 78).

(117) BOE n.º 248, de 14 de octubre de 2008, entrando en vigor al día siguiente de su publicación. Fue modificado por el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio.

(118) Modificada por Orden EHA/3748/2008, de 23 de diciembre. Vid. Resolución de 9 de marzo de 2010, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Rector del FAAF sobre modificación parcial de las directrices de inversión del Fondo.

(119) El Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, ha modificado el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 6/2008, situando el importe máximo en 43.250 millones de euros.

(120) Hasta la referida fecha se convocaron cuatro subastas. Las convocatorias y resultados de las mismas pueden ser consultadas en <http://www.fondoaaf.es/SP/Subastas.html> (fecha última entrada: 14 de septiembre de 2010).

(121) Vid. comunicado de prensa IP/08/2008. La Ayuda NN54/A/2008 fue autorizada mediante carta de 4 de noviembre de 2008, C (2008) 6713 final corr., publicada en el DOUE C-123, de 3 de junio de 2009. Posteriormente, el 2 de febrero de 2009, el Gobierno español notificó un cambio en el régimen, que fue autorizado mediante carta de 8 de abril de 2009, C(2009) 2748 corr. Finalmente, el FAAF se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2009 mediante decisión de 7 de agosto de 2009 (Ayuda N 337/2009).

(122) BOE n.º 155, de 30 de junio de 2009. Modificado por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, por el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, y por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero. Sobre los cambios introducidos por este último volveremos más adelante.

(123) Se considera que las entidades beneficiarias son fundamentalmente sólidas cuando se cumplen simultáneamente las siguientes condiciones: a) a juicio del Banco de España, la entidad beneficiaria no presenta ninguna debilidad que pueda hacer peligrar su viabilidad en función de la evolución de los mercados financieros; b) el coeficiente resultante de dividir entre sus activos ponderados por riesgo la suma del capital social (bancos comerciales), o los fondos fundacionales y las cuotas participativas (cajas de ahorros) o las aportaciones al capital social (cooperativas de crédito) más las reservas y las provisiones genéricas habrá de ser, al menos, del 6 por 100; c) el importe de la inyección de capital del FROB no superará el 2 por 100 de los activos ponderados por riesgo. No obstante, en algunos casos ese umbral puede sobrepasarse si la cantidad adicional de capital guarda relación con los costes de la integración entre bancos para lograr una mayor eficiencia. Además, cuando una entidad beneficiaria tenga una evaluación de crédito A o superior, con perspectiva estable o positiva, emitida por una agencia de calificación externa, ello se considerará como indicador de un perfil de riesgo menor, sin constituir, no obstante, un requisito para poder considerar como fundamentalmente sólida a una entidad beneficiaria. Aquellas entidades que, cumpliendo las dos primeras condiciones, soliciten una actuación del FROB que supere el 2 por 100 de sus activos ponderados por riesgo, deberán cumplir unas salvaguardias especiales. *Vid.* Acuerdos de la Comisión Rectora del FROB, de 29 de enero de 2010 y 27 de julio de 2010, en <http://www.frob.es/notas/notas.html> (fecha última entrada: 14 de septiembre de 2010).

(124) Según el art. 6.2 del Real Decreto-ley 9/2009, constituyen debilidades de la situación económico-financiera que, en función del desenvolvimiento de las condiciones de los mercados, pueden poner en peligro la viabilidad de la entidad de crédito: el deterioro de los activos de la entidad, grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito, de sus recursos propios computables, de su capacidad para generar resultados recurrentes o de la confianza externa en su solvencia.

(125) Una cuestión que ha generado cierto debate es si el FROB supone una invasión de competencias autonómicas en materia de cajas de ahorros. Aunque este tema queda fuera del ámbito material de este trabajo, conviene destacar que la disposición final sexta del Real Decreto-ley 9/2009 señala que éste «se dicta al amparo del artículo 149.1.6ª, 11ª y 13ª de la Constitución, que atribuye al Estado las competencias exclusivas sobre legislación mercantil, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente». *Vid.*, asimismo, la exposición de motivos del Real Decreto-ley, que subraya la necesidad de hacer frente a una situación absolutamente excepcional y el papel del Banco de España como garante del buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero, con apoyo en la STC 235/1999, de 16 de diciembre.

(126) Las cifras que se ofrecen seguidamente se han extraído de BANCO DE ESPAÑA (2010), «La reestructuración de las cajas de ahorro en España. Situación a 29 de junio de 2010», *Nota informativa*: 7-10, <http://www.frob.es/notas/notas.html> (fecha última entrada: 14 de septiembre de 2010). No obstante, el pasado 22 de diciembre de 2010, la Comisión Rectora del FROB ha resuelto apoyar financieramente el proceso de integración entre Cajasol y Banca Cívica.

(127) En el caso de los bancos, el Banco Guipuzcoano está inmerso en un proceso de fusión con el Banco de Sabadell, sin ayudas del FROB. En cuanto a las cooperativas de crédito, se ha aprobado el proceso de fusión de Rural Multicaja y Caja de Abogados, así como el SIP de Cajamar con la Caja Rural de Casinos, Rural de Albalat de Sorells y Caja Campo; y se encuentran en fase de negociación los procesos de fusión de Rural de Toledo y Rural de Ciudad Real y de SIP entre Rural del Mediterráneo y otras 13 cajas rurales más. Todos estos movimientos entre cooperativas, sin ayudas del FROB.

(128) Elaboración propia a partir de BANCO DE ESPAÑA (2010), «La reestructuración de las cajas de ahorro en España. Situación a 29 de

junio de 2010», *Nota informativa*: 9, <http://www.frob.es/notas/notas.html> (fecha última entrada: 14 de septiembre de 2010).

(129) Ayuda N 28/2010.

(130) *Vid.* XXIII Informe sobre Política de la Competencia 1993, ap. 397. En el mismo sentido, la STJCE de 27 de marzo de 1984, asunto 169/82, *Comisión/Italia*, Rec. 1984, p. 1603, ap. 11, declaró el incumplimiento del Estado miembro al no haber notificado ciertos proyectos de leyes que establecía ayudas hasta después de su aprobación.

(131) Téngase en cuenta que España notificó tanto el Real Decreto-ley 9/2009 como «una propuesta» de Resolución del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Asimismo merece destacar que el acuerdo definitivo de la Comisión Rectora del FROB se publicó el 29 de enero de 2010, un día después de la decisión de la Comisión.

(132) En la misma línea, con carácter general, ESTOA PÉREZ (2006: 69).

(133) SSTJCE de 22 de marzo de 1977, asunto 78/76, *Steinike*, Rec. 1977, p. 595, ap. 22; y de 15 de julio de 2004, C-345/02, *Pearle*, Rec. 2004, p. I-7139, ap. 38, entre otras. Asimismo, XXXIII Informe sobre Política de la Competencia 2003, ap. 406.

(134) *Vid.*, a este respecto, norma segunda, punto 4, y norma decimotercera de los Acuerdos de la Comisión Rectora del FROB, de 29 de enero y 27 de julio de 2010, sobre los criterios de actuación del FROB.

(135) El artículo 1.7 del Real Decreto-ley 9/2009 dispone que las operaciones desarrolladas por el FROB «se comunicarán, en su caso, a la Comisión Europea [...], a los efectos de lo establecido en la normativa en materia de defensa de la competencia y ayudas de Estado».

(136) Comunicado de prensa IP/10/997, 23 de julio de 2010. La disposición adicional única del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, ha introducido un nuevo art. 10 en el Real Decreto-ley 9/2009 en virtud del cual el FROB podrá excepcionalmente apoyar procesos de recapitalización de entidades individuales siguiendo el mismo procedimiento que el establecido en el art. 9, aspecto desarrollado en el Acuerdo de la Comisión Rectora del FROB de 27 de julio de 2010.

(137) BOE nº 43, de 19 de febrero de 2011, pp. 19213 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOL I GASULL, O. (2009), «Derecho de la competencia en tiempos de crisis», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 8: 5-7.
- BOMHOFF, A.; JAROSZ-FRIIS, A., y PESARESI, N. (2009), «Restructuring Banks in crisis - overview of applicable State aid rules», *Competition Policy Newsletter*, n.º 3: 3-9.
- BOURGEX, L. (2010), «Ayudas estatales y crisis financiera. La rápida reacción de la Comisión Europea y su posible impacto futuro: España como caso de estudio», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 16: 31-45.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (2010), «La decisión de la Comisión sobre el «Group Interest Box» neerlandés y sus implicaciones de política fiscal», *Quincena Fiscal*, n.º 3: 15-41.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., y RUIZ ALMENDRAL, V. (2007), «La autonomía financiera de las CC.AA. vs. Derecho Comunitario: La doctrina del TJCE en el caso Azores», *Jurisprudencia Tributaria*, n.º 17: 13-21.
- CALVO SALINERO, R., y PASTORIZA VÁZQUEZ, J. S. (2009), «La delimitación del control de ayudas de estado fiscales en un contexto de crisis económica», *Revista Vectigalia*, n.º 5.

- D'SA, R. M. (2009), «“Instant” State aid law in a financial crisis - A U-Turn?», *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2: 139-144.
- ESTOA PÉREZ, A. (2006), *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid.
- (2010), «Ayudas de Estado y crisis actual: Orientaciones de la Comisión y ayudas al sector financiero español», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 34: 265-300.
- GERARD, D. (2009), «EC competition law enforcement at grips with the financial crisis: Flexibility on the means, consistency in the principles», *Concurrences*, n.º 1: 46-62.
- KROES, N. (2010), «Competition policy and the crisis - the Commission's approach to banking and beyond», *Competition Policy Newsletter*, n.º 1: 4-6.
- LUJA, R. (2008), «Tax-related difficulties of State aid rules», en LANG, M. y VANISTENDAEL, F. (dirs.), *Accounty and Taxation & Assessment of ECJ Case Law*, EATLP International Tax Series, vol. 5.
- (2009), «State aid and the financial crisis: Overview of the crisis framework», *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2: 145-159.
- MANZANO SILVA, M. E. (2009), «Ayudas de estado de carácter fiscal: régimen jurídico», *Cuadernos de Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, n.º 55 (BIB 2009\1782).
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2009), «Una lección de política de la competencia para tiempos de crisis: el control de ayudas de estado por la Comisión Europea», en la obra colectiva *Crisis económica y política de la Competencia. III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. (2001), «Concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 196: 81-116.
- MORENO GONZÁLEZ, S. (2006), «Tendencias recientes de la jurisprudencia comunitaria en materia de ayudas de Estado de naturaleza tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 132: 825-893.
- PINTO, C. (2003), *Tax Competition and EU Law*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Nueva York.
- ROSSI-MACCANICO, P. (2007), «A review of State aid in multinational tax regimes», *Tax Notes International*, 28 de mayo de 2007: 941-960.



DOCUMENTOS

*Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno
y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros
(BOE núm. 169, de 13 de julio de 2010)
(Selección)*

*Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento
del sistema financiero. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2011
(Corrección errores. BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2011)
(Selección)*

*Resolución de la Dirección General de Tributos
de 26 de octubre de 2010 (REF. V2302-10)
Impuesto sobre el Valor Añadido*

Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (BOE núm. 169, de 13 de julio de 2010) (Selección)

[...]

VI

El Título V recoge la normativa fiscal especial aplicable a las entidades resultantes de los procesos de reestructuración ya iniciados, lo que justifica el carácter de urgencia de esta norma. Además se recoge la normativa fiscal especial derivada de los nuevos modelos jurídicos contemplados en este Real Decreto-ley.

En materia del Impuesto sobre Sociedades se establece la aplicación del régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, para las transmisiones de activos y pasivos que se realicen en el marco de esas reestructuraciones, lo cual permite, entre otros efectos, diferir la tributación de las rentas que se pongan de manifiesto en esas transmisiones por aplicación de dicho régimen fiscal especial, aun cuando las operaciones realizadas no se correspondan con las tipificadas en dicho régimen siempre que produzcan unos resultados económicos equivalentes.

Igualmente se extiende el régimen de diferimiento en dicho impuesto a las rentas que se generen en las transmisiones de activos y pasivos realizadas en el marco del cumplimiento de los acuerdos de un sistema institucional de protección, mediante el intercambio de dichos activos o pasivos entre las entidades de crédito integrantes de cada sistema institucional de protección, a condición de que cada entidad adquirente valore, a efectos fiscales, los elementos adquiridos por el mismo valor que estos últimos tuviesen en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la transmisión, teniéndose en cuenta dicha valoración para determinar las rentas que los citados elementos puedan generar con posterioridad.

En relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al preverse en este Real Decreto-ley la aplicación del régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, incluidos sus efectos en los demás tributos que se remiten en su normativa a dicho régimen fiscal, tanto a los procedimientos de reestructuración financiera realizados mediante la constitución de sistemas de protección integral, como a los gestionados por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, siempre que se produzcan efectos económicos equivalentes a las reestructuraciones empresariales expresamente reguladas en dicho capítulo, el mencionado régimen especial también surtirá efectos con carácter general en relación al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Para reforzar la seguridad jurídica de las operaciones de reestructuración, se establece la posibilidad de que se solicite informe a la Dirección General de Tributos sobre el cumplimiento de la equivalencia de los resultados económicos de las operaciones realizadas respecto de las tipificadas en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, así como sobre las consecuencias tributarias de dichas operaciones con el objetivo de asegurar la neutralidad fiscal de las mismas.

Por otra parte, en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto General Indirecto Canario, dado que el régimen especial del grupo de entidades, en vigor desde el 1 de enero de 2008, no resulta aplicable tal y como está definido en la actualidad a las entidades que se estructuran en torno a la creación de un sistema institucional de protección al no existir una relación de intercapitalización que permita la formación del perímetro subjetivo del grupo, resulta necesario para que este régimen sea de aplicación adaptar los requerimientos legales que, a efectos de ambos tributos, permiten definir a la entidad dominante y a sus dependientes en el seno del sistema, tarea que aborda el presente Real Decreto-ley, fijando asimismo los plazos para la opción por el referido régimen especial.

También se realizan las modificaciones legales oportunas para garantizar la neutralidad fiscal en el tratamiento tributario de la Obra-Social con independencia del modelo de organización que se adopte por las cajas de ahorros

[...]

TÍTULO V

RÉGIMEN FISCAL

Artículo 7. Régimen fiscal.

1. El régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, incluidos sus efectos en los demás tributos que se remiten a tal régimen fiscal, se aplicará a las siguientes transmisiones de activos y pasivos, aun cuando no se correspondan con las operaciones mencionadas en el artículo 83 y 94 de dicha Ley siempre que produzcan resultados económicos equivalentes:

a) Las realizadas para la constitución y ampliación de un sistema institucional de protección a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

b) Las realizadas en procesos de reestructuración de entidades de crédito con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de julio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

2. Podrán no integrarse en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las rentas generadas en las transmisiones de elementos patrimoniales, consecuencia de un intercambio de activos y pasivos, realizadas entre entidades de crédito en cumplimiento de los acuerdos de un sistema institucional de protección a que se refiere la letra a) del apartado anterior, a condición de que cada entidad adquirente valore, a efectos fiscales, los elementos adquiridos por el mismo valor que estos últimos tuviesen en la entidad transmitente con anterioridad a la realización de la transmisión, teniéndose en cuenta dicha valoración para determinar las rentas asociadas a esos elementos que se generen con posterioridad.

3. La entidad de crédito a través de la cual se articule un sistema institucional de protección con las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, estará exenta por la constitución de sociedades, así como por los aumentos de su capital social y aportaciones, suscritos o realizadas por las entidades agrupadas, siempre que se encuentren previstos en el acuerdo contractual de integración del sistema institucional de protección y, en su caso, en el plan de integración, de la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como para los actos y documentos necesarios para la formalización de dichas operaciones. De igual modo estarán exentas de la modalidad de Operaciones Societarias las operaciones que se realicen como consecuencia de los procesos de reestructuración con intervención del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito.

Asimismo estarán exentos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados los acuerdos contractuales a través de los cuales se establezcan entre las entidades integrantes del sistema institucional de protección los compromisos mutuos de solvencia, liquidez y puesta en común de resultados a los que se refiere la mencionada letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, así como los documentos en los que aquéllos se formalicen.

4. Las entidades de crédito que participen en las operaciones reguladas en el presente Real Decreto-ley podrán instar al Banco de España o al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que solicite informe a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, en el ámbito de interpretación de la normativa tributaria estatal, sobre la concurrencia del requisito de equivalencia de los resultados económicos a que se refiere al apartado 1 de este artículo, así como sobre cualesquiera otras consecuencias tributarias que se deriven de dichas operaciones.

El informe se emitirá en el plazo máximo de un mes, y tendrá efectos vinculantes para los órganos y entidades de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos.

5. El régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo IX del Título IX de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, podrá ser aplicado por los empresarios y profesionales que integren un sistema institucional de protección en las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

A estos efectos, se considerará como dominante la entidad central que determine con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos del sistema institucional de protección.

Se considerarán dependientes las entidades que pertenezcan a dicho sistema institucional de protección, así como aquellas en las que las mismas mantengan una participación, directa o indirecta, de más del 50 por 100 de su capital.

La entidad dominante y sus dependientes deberán estar establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto.

La opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses posteriores a la comprobación por el Banco de España a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo. No obstante, si la comprobación por el Banco de España ya se hubiera realizado a la entrada en vigor de este artículo, la opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses siguientes a dicha entrada en vigor.

Una vez ejercitada la opción, el régimen especial tendrá efectos desde el periodo de liquidación del Impuesto que corresponda a la fecha en que la misma sea comunicada a la Administración tributaria.

A los grupos de entidades a que se refiere este apartado no les resultarán de aplicación los requisitos establecidos en el artículo 163 quinquies de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

6. El régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo VIII del Título III de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, podrá ser aplicado por los empresarios y profesionales que integren un sistema institucional de protección en las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

A estos efectos, se considerará como dominante la entidad central que determine con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos del sistema institucional de protección.

Se considerarán dependientes las entidades que pertenezcan a dicho sistema institucional de protección, así como aquellas en las que las mismas mantengan una participación, directa o indirecta, de más del 50 por 100 de su capital.

La entidad dominante y sus dependientes deberán estar establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto.

La opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses posteriores a la comprobación por el Banco de España a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros. No obstante, si la comprobación por el Banco de España ya se hubiera realizado a la entrada en vigor de este artículo, la opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses siguientes a dicha entrada en vigor.

Una vez ejercitada la opción, el régimen especial tendrá efectos desde el periodo de liquidación del Impuesto que corresponda a la fecha en que la misma sea comunicada a la Administración tributaria.

A los grupos de entidades a que se refiere este apartado no les resultarán de aplicación los requisitos establecidos en el artículo 58 quáter de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

7. En el caso de ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de este Real Decreto-ley, la caja de ahorros y la entidad de crédito a la que aquella aporte todo su negocio financiero podrán aplicar el régimen de consolidación fiscal regulado en el capítulo VII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para ello en el artículo 67 de dicha Ley. En caso de no aplicar el régimen de consolidación fiscal, las entidades aplicarán el régimen general del impuesto sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente.

8. La dotación a la obra social realizada por las cajas acogidas a lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, podrá reducir la base imponible del banco en el caso de ejercicio indirecto de la actividad financiera sin aplicar el régimen de consolidación o de la entidad central del sistema institucional de protección, en la proporción que los dividendos percibidos del citado banco o entidad central representen sobre los ingresos totales de la caja, en los términos previstos en el artículo 24 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, hasta el límite máximo del importe de los citados dividendos. Para ello la caja deberá comunicar al banco o entidad central que haya satisfecho los dividendos el importe de la reducción así calculada y su renuncia a aplicar lo dispuesto en el citado artículo 24 por el importe de la mencionada reducción, sin perjuicio de que la caja continúe estando obligada a aplicar las cantidades asignadas a la obra benéfico-social en las condiciones establecidas en dicho artículo, cuyo incumplimiento, en su caso, deberá también comunicarse al banco o entidad central al objeto de que se realice la regularización de las cantidades deducidas en los términos establecidos en el artículo 137.3 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

9. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio económico en vigor, respectivamente, en los territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra.

[...]

Disposición Transitoria Octava. *Régimen transitorio fiscal.*

1. El régimen fiscal de los sistemas institucionales de protección de entidades de crédito establecido en esta norma será asimismo aplicable a los sistemas institucionales de protección de entidades de crédito que se encuentren constituidos a la fecha de entrada en vigor de la misma por las operaciones y actos ya realizados.

2. A efectos del Impuesto sobre Sociedades, el régimen fiscal establecido en el artículo 7 de este Real Decreto-ley será de aplicación en los períodos impositivos en los que se hayan realizado las correspondientes operaciones, con independencia de que estas últimas se hubiesen realizado en fechas anteriores o posteriores a la entrada en vigor de dicha norma.

**Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento
del sistema financiero. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2011.
(Corrección errores. BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2011)
(Selección)**

[...]

Por último, cabe destacar que el Real Decreto-Ley también contempla una serie de medidas de carácter fiscal dirigidas a asegurar la neutralidad en los procesos de reestructuración del sistema financiero.

Las principales cuestiones fiscales que se abordan son la inclusión de las entidades de crédito integradas en un SIP en el grupo de consolidación fiscal de la entidad central, la aplicación de créditos fiscales anteriores a la constitución del grupo fiscal, la segregación de todo el negocio financiero realizado por las cajas a favor de un banco y, finalmente, las operaciones intragrupo cuando la entidad bancaria deja de pertenecer al grupo fiscal.

En definitiva, estas modificaciones puntuales tienen por objeto garantizar que el proceso de reestructuración del sector financiero se realice sin costes fiscales asociados al propio proceso, derivados de la imposibilidad de aplicar los créditos fiscales generados o por generar por las entidades de crédito integrantes del proceso y que serían plenamente aplicables en un proceso de fusión tradicional o derivados de la incorporación a la base imponible de los resultados intragrupo pendientes de tributación cuando se produce la salida del grupo fiscal de las entidades bancarias.

[...]

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Modificación del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Uno. Con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, se modifica el artículo 67 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 67. Definición del grupo fiscal. Sociedad dominante. Sociedades dependientes.

1. Se entenderá por grupo fiscal el conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, así como las entidades de crédito a que se refiere el apartado 3 de este artículo, residentes en territorio español formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de ésta.

2. Se entenderá por sociedad dominante aquella que cumpla los requisitos siguientes:

a) Tener alguna de las formas jurídicas establecidas en el apartado anterior o, en su defecto, tener personalidad jurídica y estar sujeta y no exenta al Impuesto sobre Sociedades. Los establecimientos permanentes de entidades no residentes situados en territorio español podrán ser considerados sociedades dominantes respecto de las sociedades cuyas participaciones estén afectas al mismo.

b) Que tenga una participación, directa o indirecta, al menos, del 75 por 100 del capital social de otra u otras sociedades el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación, o de, al menos, el 70 por 100 del capital social, si se trata de sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado. Este último porcentaje también será aplicable cuando se tengan participaciones indirectas en otras sociedades siempre que se alcance dicho porcentaje a través de sociedades dependientes cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado regulado.

c) Que dicha participación se mantenga durante todo el período impositivo.

El requisito de mantenimiento de la participación durante todo el período impositivo no será exigible en el supuesto de disolución de la entidad participada.

d) Que no sea dependiente de ninguna otra residente en territorio español, que reúna los requisitos para ser considerada como dominante.

e) Que no esté sometida al régimen especial de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas.

f) Que, tratándose de establecimientos permanentes de entidades no residentes en territorio español, dichas entidades no sean dependientes de ninguna otra residente en territorio español que reúna los requisitos para ser considerada como dominante y residan en un país o territorio con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información.

3. Se entenderá por sociedad dependiente aquella sobre la que la sociedad dominante posea una participación que reúna los requisitos contenidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior.

También tendrán esta misma consideración las entidades de crédito integradas en un sistema institucional de protección a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de información de los Intermediarios Financieros, siempre que la entidad central del sistema forme parte del grupo fiscal y sea del 100 por ciento la puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del sistema y que el compromiso mutuo de solvencia y liquidez entre dichas entidades alcance el 100 por ciento de los recursos propios computables de cada una de ellas. Se considerarán cumplidos tales requisitos en aquellos sistemas institucionales de protección a través de cuya entidad central, de manera directa o indirecta, varias cajas de ahorros de forma concertada ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito, conforme se dispone en el apartado 4 del artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

4. No podrán formar parte de los grupos fiscales las entidades en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que estén exentas de este impuesto.

b) Que al cierre del período impositivo se encuentren en situación de concurso, o incursas en la situación patrimonial prevista en el artículo 363.1.d del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, aun cuando no tuvieran la forma de sociedades anónimas, a menos que con anterioridad a la conclusión del ejercicio en el que se aprueban las cuentas anuales esta última situación hubiese sido superada.

c) Las sociedades dependientes que estén sujetas al Impuesto sobre Sociedades a un tipo de gravamen diferente al de la sociedad dominante.

d) Las sociedades dependientes cuya participación se alcance a través de otra sociedad que no reúna los requisitos establecidos para formar parte del grupo fiscal.

e) Las sociedades dependientes cuyo ejercicio social, determinado por imperativo legal, no pueda adaptarse al de la sociedad dominante.

5. El grupo fiscal se extinguirá cuando la sociedad dominante pierda dicho carácter.

Dos. Con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, se añade la disposición transitoria trigésimo tercera al texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactada de la siguiente forma:

Disposición transitoria trigésimo tercera. Régimen de consolidación fiscal de los grupos formados por entidades de crédito integrantes de un sistema institucional de protección y de los grupos resultantes del ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros.

1. A efectos de la aplicación del régimen de consolidación fiscal establecido en el capítulo VII del título VII de esta Ley, en la constitución de grupos cuya sociedad dominante sea la entidad central de un sistema institucional de protección a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de información de los Intermediarios Financieros, se tendrán en consideración las siguientes especialidades:

a) Podrá aplicarse dicho régimen desde el inicio del período impositivo correspondiente al ejercicio 2011 o, de ser posterior, desde el inicio del período impositivo en que se constituya el sistema institucional de protección. La opción y comunicación por la aplicación de dicho régimen, a que se refiere el artículo 70 de esta Ley, se realizará dentro del plazo que finaliza el día en que concluya dicho período impositivo.

Se incluirán en el grupo en ese mismo período impositivo las sociedades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 67.2.a) de esta Ley, cuyas participaciones representativas de su capital social se hubiesen aportado a la entidad central en cumplimiento del plan de integración del sistema y dicha entidad mantenga la participación hasta la conclusión de ese período impositivo, a través de operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta Ley o al régimen establecido en el artículo 7.1 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, y tuviesen la consideración de sociedades dependientes de la entidad de crédito aportante, como consecuencia de que esta última entidad tributaba en este régimen especial como sociedad dominante.

b) Cuando las entidades de crédito que se integran como sociedades dependientes en el grupo fiscal cuya dominante es la entidad central, estuviesen tributando en el régimen de consolidación fiscal como dominantes, aun cuando se extingan esos grupos, no se incorporarán las eliminaciones a que se refiere la letra a) del artículo 81.1 de esta Ley, que se correspondan con operaciones realizadas por entidades que se integran en aquél otro grupo fiscal como sociedades dependientes. Los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible de ese otro grupo fiscal en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley.

c) Las bases imponibles negativas pendientes de compensar por las entidades de crédito que cumplan las condiciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 67 de esta Ley, que se integran como sociedades dependientes en el grupo fiscal cuya dominante es la entidad central, podrán ser compensadas en la base imponible del grupo, en los términos establecidos en el artículo 74.2 de esta Ley, con el límite de la base imponible individual de la entidad central o de la entidad bancaria a la que, a su vez, la entidad central haya aportado todo su negocio financiero, a condición de que las cajas de ahorros y, en su caso, la entidad central, con posterioridad a la aportación, no desarrollen actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la entidad central, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

d) Las deducciones en la cuota pendientes de aplicar por las entidades de crédito que cumplan las condiciones establecidas en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 67 de esta Ley, que se integran como sociedades dependientes en el grupo fiscal cuya dominante es la entidad central, podrán deducirse en la cuota íntegra de ese grupo fiscal con el límite que hubiese correspondido en el régimen individual de tributación a la entidad central o a la entidad bancaria a la que, a su vez, la entidad central haya aportado todo su negocio financiero, a condición de que las cajas de ahorros y, en su caso, la entidad central, con posterioridad a la aportación, no desarrollen actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la entidad central, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

e) Cuando se transmitan activos y pasivos a la entidad central por parte de las entidades de crédito como sociedades dependientes del grupo cuya dominante es la entidad central, como consecuencia de la constitución y ampliación del sistema institucional de protección, habiéndose realizado esa transmisión mediante operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII de esta Ley o al régimen establecido en el artículo 7.1 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, las rentas generadas con anterioridad a dicha transmisión imputables a esos activos y pasivos, se imputarán a la entidad central de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles.

Lo establecido en las letras c) y d) anteriores también será de aplicación en el caso de que con posterioridad a la constitución del sistema institucional de protección, la entidad central pase a tener la consideración de dependiente de otro grupo que tribute en el régimen de consolidación fiscal.

2. A efectos de la aplicación tanto del régimen fiscal establecido en el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, como del régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII de esta Ley al que se hayan acogido transmisiones de activos y pasivos realizadas entre entidades de crédito en cumplimiento de los acuerdos de un sistema institucional de protección, la no integración de rentas a que se refieren ambos regímenes fiscales incluirá, en su caso, las eliminaciones que tuviesen que ser incorporadas en la base imponible del grupo fiscal consecuencia de aquellas transmisiones, en el supuesto de que esos activos y pasivos formen parte del patrimonio de entidades integrantes de un grupo que estuviese tributando según el régimen de consolidación fiscal.

3. En el caso de ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de

Ahorros, la caja de ahorros y la entidad bancaria a la que aquella aporte todo su negocio financiero, podrán aplicar el régimen de consolidación fiscal regulado en el capítulo VII del título VII de esta Ley desde el inicio del período impositivo correspondiente al ejercicio en el que se realice dicha aportación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para ello en el artículo 67 de esta Ley. La opción y comunicación por la aplicación de dicho régimen, a que se refiere el artículo 70 de esta Ley, se realizará dentro del plazo que finaliza el día en que concluya dicho período impositivo.

En la aplicación de dicho régimen se tendrán en consideración las siguientes especialidades:

a) Se incluirán en el grupo en ese mismo período impositivo las sociedades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 67.2.a) de esta Ley, cuyas participaciones representativas de su capital social se hubiesen aportado a la entidad bancaria y esta entidad mantenga la participación hasta la conclusión de ese período impositivo, a través de operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el Capítulo VIII del Título VII de esta Ley, y tuviesen la consideración de sociedades dependientes de la caja de ahorros aportante, como consecuencia de que esta última entidad tributaba en este régimen especial como sociedad dominante.

b) Las bases imponible negativas pendientes de compensar por la caja de ahorros aportante, estuviese o no tributando en el régimen de consolidación fiscal como dominante, podrán ser compensadas en la base imponible del grupo, con el límite de la base imponible individual de la entidad bancaria, en los términos establecidos en el artículo 74.2 de esta Ley, a condición de que la caja de ahorros, con posterioridad a la aportación, no desarrolle actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la caja de ahorros, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

c) Las deducciones en la cuota pendientes de aplicar por la caja de ahorros aportante, estuviese o no tributando en el régimen de consolidación fiscal como dominante, podrán deducirse en la cuota íntegra de ese grupo fiscal con el límite que hubiese correspondido a la entidad bancaria en el régimen individual de tributación, a condición de que la caja de ahorros, con posterioridad a la aportación, no desarrolle actividades económicas y sus rentas se limiten a los rendimientos procedentes de las participaciones en el capital de otras entidades en las que participen. Dicho tratamiento no se verá afectado por el hecho de que la aportación del negocio financiero no incluya determinados activos y pasivos como consecuencia de la existencia de alguna condición que imposibilite la aportación.

Lo anterior se aplicará aun en el caso de que la entidad bancaria quede excluida del grupo en el que la dominante es la caja de ahorros, incluso en el supuesto de extinción del mismo.

d) Cuando la aportación de la totalidad del negocio financiero se realice mediante operaciones acogidas al régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII de esta Ley, las rentas generadas con anterioridad a dicha aportación imputables a esos activos y pasivos, se imputarán a la entidad bancaria de acuerdo con lo previsto en las normas mercantiles.

4. Cuando, en el caso de los grupos a que se refieren los apartados 1 y 3 anteriores que estuviesen tributando en el régimen de consolidación fiscal, quedase excluida de los mismos la entidad bancaria mediante la cual las cajas de ahorros realizaran el ejercicio indirecto de su actividad financiera o a la que hubiesen aportado todo su negocio financiero, incluso en los supuestos de extinción del referido grupo fiscal, lo establecido en la letra a) del artículo 81.1 de esta Ley se aplicará con las siguientes especialidades:

a) Si la entidad bancaria a través de la cual las cajas de ahorros realizaran el ejercicio indirecto de su actividad financiera o a la que hubiesen aportado todo su negocio financiero, mantuviera participaciones en entidades que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 67.3 de esta Ley, dicha entidad bancaria y sus participadas que reúnan los requisitos para ello podrán aplicar el régimen de consolidación fiscal desde el inicio del período impositivo en que tenga lugar dicha exclusión. La opción y comunicación por la aplicación de dicho régimen, a que se refiere el artículo 70 de esta Ley, se realizará dentro del plazo que finaliza el día en que concluya dicho período impositivo. En tal caso, los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible de ese otro grupo fiscal en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley, siempre que se integren en dicho grupo las entidades que hayan intervenido en las operaciones que hayan generado tales resultados.

b) Cuando se cumpla lo establecido en la letra a) anterior, pero no se integren en dicho grupo alguna de las entidades que hayan intervenido en las operaciones que hayan generado los resultados eliminados, tales resultados se incorporarán en los términos establecidos en el artículo 73 de esta Ley, en la base imponible del grupo persistente en el que se generó la renta que fue, en su momento, objeto de la eliminación, a condición de que tanto la otra entidad que no forma parte del grupo fiscal al que pertenezca la entidad bancaria, como esta última entidad formen parte de un mismo grupo a que se refiere el artículo

lo 42 del Código de Comercio en el que la dominante sea la entidad central de un sistema institucional de protección o la caja de ahorros que, en ambos casos, hayan aportado todo su negocio financiero a la entidad bancaria.

Tres. Con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2010, se añade la disposición transitoria trigésimo cuarta al texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactada de la siguiente forma:

Disposición transitoria trigésimo cuarta. Régimen fiscal en el ejercicio 2010 de las entidades de crédito integrantes de un sistema institucional de protección.

A los solos efectos de determinar la base imponible del período impositivo correspondiente al ejercicio 2010 de las cajas de ahorros y de la entidad central integrantes de un sistema institucional de protección que se haya constituido en dicho ejercicio, en los términos establecidos en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos propios y obligaciones de información de los Intermediarios Financieros, siempre que sea del 100 por ciento la puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del sistema y que el compromiso mutuo de solvencia y liquidez entre dichas entidades alcance el 100 por ciento de los recursos propios computables de cada una de ellas, no tendrán la consideración de gasto deducible y de ingreso computable, según proceda, en las cajas de ahorros y en la entidad central, aquellos gastos e ingresos contabilizados por esas entidades como consecuencia de la puesta en común de los resultados de las entidades integrantes del sistema.

Resolución de la Dirección General de Tributos de 26 de octubre de 2010 (REF. V2302-10). Impuesto sobre el Valor Añadido

DESCRIPCIÓN-HECHOS:

Aplicación del régimen especial del grupo de entidades a determinadas operaciones de integración llevadas a cabo por las cajas de ahorro.

CUESTIÓN-PLANTEADA:

1. En operaciones de fusión por absorción, cuando una de las cajas de ahorro que se extingue después de realizada la misma era dominante de un grupo que aplicaba hasta ese momento el régimen especial, se consulta si la sociedad absorbente pasa a ser la nueva dominante de dicho grupo.
2. Plazo para optar por la aplicación del régimen especial en un proceso de integración por medio de un sistema institucional de protección (SIP).
3. Momento en el que en un SIP en donde una de las cajas involucradas venía aplicando el régimen especial antes de la integración, se pierde por dicha caja su condición de dominante en favor del banco que se crea.
4. Obligatoriedad de aplicar el régimen especial por todas las entidades dependientes en un SIP cuando sólo una parte de esas entidades dependientes decidan dicha aplicación.
5. Consideración de entidades dependientes en un SIP de aquéllas en las que se participe en un cincuenta por ciento pero se posea la mayoría de los derechos de voto.

CONTESTACIÓN-COMPLETA:

1. El Régimen especial del grupo de entidades se regula en los artículos 163 quinquies a 163 nonies de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE del 29), estando recogido su desarrollo reglamentario en el Capítulo VII del Título VIII del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre (BOE del 31).

Dicha normativa tiene su correlato en el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, precepto que dispone lo siguiente:

“Prevía consulta al Comité consultivo del Impuesto sobre el Valor Añadido (denominado en lo sucesivo «Comité del IVA»), cada Estado miembro podrá considerar como un solo sujeto pasivo a las personas establecidas en el territorio de ese mismo Estado miembro que gocen de independencia jurídica, pero que se hallen firmemente vinculadas entre sí en los órdenes financiero, económico y de organización.

Un Estado miembro que ejerza la facultad contemplada en el párrafo primero podrá adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la aplicación de dicha disposición haga posibles el fraude o la evasión fiscales”.

La Comisión Europea, en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a los grupos de IVA, de 2 de julio de 2009, ha analizado el referido artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE, señalando las siguientes cuestiones:

1º. Modificaciones legales para el establecimiento del régimen especial: deben comunicarse preceptivamente a la Comisión antes de su adopción por cada Estado miembro. Dicho requisito de comunicación debe entenderse aplicable, igualmente, a la modificación legal del régimen.

2º. Miembros de un grupo: necesariamente, dominantes y dependientes deben ser empresarios o profesionales.

3º. Dominante y dependientes deben estar unidas por lazos financieros, económicos y organizativos, debiendo apreciarse la concurrencia de todos ellos.

A tales efectos, la Comisión entiende por lazos financieros aquéllos definidos de acuerdo con porcentajes de participación por encima del 50 por ciento, por ostentar la mayoría de derechos de voto o por existir un contrato de franquicia que garantice el control de una entidad sobre otra.

Por su parte, los lazos económicos atienden a que la actividad de todas las entidades del grupo debe ser la misma, o, en otras palabras, la entidad debe prestar de forma global servicios a favor del grupo.

Finalmente, son lazos organizativos aquéllos determinantes de la puesta en común de una estructura directiva, total o parcialmente.

2. El artículo 163 quinquies de la Ley 37/1992, establece los requisitos subjetivos del régimen.

En este sentido, el apartado primero de dicho precepto establece lo siguiente: “podrán aplicar el régimen especial del grupo de entidades los empresarios o profesionales que formen parte de un grupo de entidades. Se considerará como grupo de entidades el formado por una entidad dominante y sus entidades dependientes, siempre que las sedes de actividad económica o establecimientos permanentes de todas y cada una de ellas radiquen en el territorio de aplicación del Impuesto. Ningún empresario o profesional podrá formar parte simultáneamente de más de un grupo de entidades”.

Con dicho planteamiento general, los apartados dos y tres del mismo precepto legal definen específicamente qué se considera como entidad dominante y como dependiente, respectivamente, señalando a tales efectos los siguientes requisitos:

“Dos. Se considerará como entidad dominante aquella que cumpla los requisitos siguientes:

a) Que tenga personalidad jurídica propia. No obstante, los establecimientos permanentes ubicados en el territorio de aplicación del Impuesto podrán tener la condición de entidad dominante respecto de las entidades cuyas participaciones estén afectas a dichos establecimientos, siempre que se cumplan el resto de requisitos establecidos en este apartado.

b) Que tenga una participación, directa o indirecta, de al menos el 50 por ciento del capital de otra u otras entidades.

c) Que dicha participación se mantenga durante todo el año natural.

d) Que no sea dependiente de ninguna otra entidad establecida en el territorio de aplicación del Impuesto que reúna los requisitos para ser considerada como dominante.

Tres. Se considerará como entidad dependiente aquella que, constituyendo un empresario o profesional distinto de la entidad dominante, se encuentre establecida en el territorio de aplicación del Impuesto y en la que la entidad dominante posea una participación que reúna los requisitos contenidos en las letras b) y c) del apartado anterior. En ningún caso un establecimiento permanente ubicado en el territorio de aplicación del Impuesto podrá constituir por sí mismo una entidad dependiente”.

3. En cuanto a la obligación de permanencia en el régimen especial, el artículo 163 sexies uno de la Ley 37/1992 dispone un plazo mínimo de tres años.

4. Por otra parte, el artículo 7.5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (BOE del 13), dispone lo siguiente:

“5. El régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo IX del Título IX de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, podrá ser aplicado por los empresarios y profesionales que integren un sistema institucional de protección en las condiciones establecidas en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros.

A estos efectos, se considerará como dominante la entidad central que determine con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos del sistema institucional de protección.

Se considerarán dependientes las entidades que pertenezcan a dicho sistema institucional de protección, así como aquéllas en las que las mismas mantengan una participación, directa o indirecta, de más del 50 por ciento de su capital.

La entidad dominante y sus dependientes deberán estar establecidas en el territorio de aplicación del Impuesto.

La opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses posteriores a la comprobación por el Banco de España a que se refiere la letra d) del apartado 3 del artículo 8 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo. No obstante, si la comprobación por el Banco de España ya se hubiera realizado a la entrada en vigor de este artículo, la opción por la aplicación del régimen especial podrá ejercitarse en el plazo de los tres meses siguientes a dicha entrada en vigor.

Una vez ejercitada la opción, el régimen especial tendrá efectos desde el periodo de liquidación del Impuesto que corresponda a la fecha en que la misma sea comunicada a la Administración tributaria.

A los grupos de entidades a que se refiere este apartado no les resultarán de aplicación los requisitos establecidos en el artículo 163 quinquies de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

5. En consecuencia con los preceptos indicados, este Centro Directivo considera ajustada a Derecho la siguiente contestación a la consulta presentada:

1º. En un proceso de fusión por absorción o por creación de una nueva entidad, la entidad absorbente, o la que se crea nueva, suceden universalmente en los derechos y obligaciones de las entidades absorbidas. Al respecto, puede ocurrir que la entidad absorbente no aplicara previamente a la fusión el régimen especial mientras que la absorbida o absorbidas sí lo hicieran.

En estas circunstancias, en la medida en que la condición de entidad dominante será asumida, sin solución de continuidad, por la sociedad absorbente o por la de nueva creación, será dicha entidad, en su condición de nueva dominante, la que tendrá tal naturaleza a efectos del Impuesto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 163 quinquies.dos de la Ley 37/1992.

En todo caso, resultará necesario que el consejo de administración de la nueva entidad dominante adopte el acuerdo de aplicar el régimen especial.

Dicho acuerdo deberá adoptarse en los términos que establece el artículo 61 bis.4, segundo párrafo del Reglamento del Impuesto, precepto en el que se establece la validez de la adopción antes de la finalización del periodo de presentación de la primera declaración-liquidación individual que corresponda en aplicación del régimen especial.

En el supuesto de que no se procediera conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior de la presente contestación, la aplicación del régimen especial cesará con efectos desde el día en que la fusión proyectada se realice, en la medida en que la entidad que ostentaba hasta ese momento la condición de dominante perderá la misma y, por tanto, dejarán de cumplirse los requisitos legales establecidos por los artículos 163 quinquies.dos.d) y 163 sexies.uno de la Ley 37/1992.

La sucesión universal en derechos y obligaciones, ínsita al proceso de fusión a que acaba de hacerse referencia, determinará que, a los efectos del cómputo de los tres años en los que como mínimo debe aplicarse el régimen especial una vez se ha optado por el mismo, habrá de sumarse el plazo de tiempo transcurrido desde el inicio de dicha aplicación por la entidad absorbida que se extingue con el que se desarrolle desde que la fusión tenga lugar.

2º. Los plazos para solicitar la aplicación del régimen especial del grupo de entidades se regulan con carácter general en el artículo 61 bis.1 del Reglamento del Impuesto, donde se exige que la solicitud se presente durante el mes de diciembre anterior al inicio del año natural en el que deba surtir efecto.

Por su parte, el artículo 7.5 del Real Decreto-ley 11/2010 dispone plazos específicos para la presentación de la citada solicitud cuando se trate de sistemas institucionales de protección (SIP).

En consecuencia, la solicitud para la aplicación del régimen especial por uno de estos SIP podrá presentarse, preferentemente, en los plazos establecidos por dicho artículo 7.5 del Real Decreto-ley 11/2010, si bien, cumplidos el resto de requisitos para que el régimen especial sea procedente, será igualmente válida su presentación durante el mes de diciembre anterior al inicio del año natural en el que el régimen especial deba surtir efecto.

3º. En el marco de un proceso de integración llevado a cabo por medio de un SIP en el que una de las cajas de ahorro involucradas hubiera sido entidad dominante de un grupo que hubiera venido aplicando el régimen especial con anterioridad a la integración, dicha caja perderá tal condición, que pasará a ser asumida por el banco que se constituya, en el momento en que este último asuma efectivamente tal condición.

Esta circunstancia ocurrirá cuando dicho banco o entidad central asuma, efectivamente y con carácter vinculante, la determinación de las políticas y estrategias de negocio así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos del SIP, momento que podrá ser, por consiguiente, posterior a la constitución nominal de dicho SIP.

4º. Siendo una de las características esenciales del régimen especial por disposición legal expresa la voluntariedad de cada una de las sociedades dependientes para optar por su aplicación, esta voluntariedad deberá entenderse aplicable, igualmente, a las entidades incluidas en el perímetro de un SIP.

En todo caso, como se ha indicado, la aplicación efectiva del régimen especial requerirá de un acuerdo expreso del consejo de administración de cada entidad dependiente. En ausencia del mismo, el régimen especial no será aplicable por la entidad o entidades que no hayan adoptado dicho acuerdo.

5º. Tendrán la consideración de entidades dependientes en un SIP aquellas que, aun siendo participadas directa o indirectamente e individual o conjuntamente en un porcentaje igual al cincuenta por ciento, se posea sobre las mismas la mayoría de los derechos de voto siempre que, adicionalmente y de acuerdo con los criterios señalados por la Comisión Europea que se han citado, dichos lazos financieros concurren con otros económicos y organizativos, hecho que tiene lugar en el supuesto consultado.

6. Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

NORMATIVA:

Ley 37/1992 art. 163 quinquies a 163 nonies.

COLABORADORES

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo. Es catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y presidente del Tribunal Económico Administrativo municipal de la ciudad de Móstoles. Es también investigador del Instituto de Estudios Fiscales (Ministerio de Economía y Hacienda). Es autor de numerosas publicaciones en materia fiscal.

DELGADO MOMPÓ, Leopoldo. Valencia. 1969. Es economista y diplomado DEA en Derecho por la Universidad de Valencia. Inició su carrera profesional en Arthur Andersen, Asesores Legales y Tributarios, luego fusionada con el despacho de Antonio Garrigues Walker, donde permaneció hasta su incorporación al grupo Bancaja, inicialmente en la asesoría fiscal del grupo inmobiliario y desde 2005 en el grupo financiero. Ponente habitual en cursos universitarios, programas de postgrado y conferencias. Ha publicado el artículo "El IVA como herramienta de gestión urbanística" en el n.º 275 de la *Revista de Contabilidad y Tributación* del CEF.

DELMAS GONZÁLEZ, Francisco José. Es licenciado en Ciencias Económicas e inspector de Hacienda del Estado. Ha trabajado en diferentes puestos de trabajo en el ámbito de la Inspección de Hacienda en los servicios territoriales de la AEAT. Presta servicio desde hace más de dieciocho años en la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda.

GALÁN RUIZ, José Javier. Doctor en Derecho y máster en Economía y Dirección de Empresas por el IESE; vocal del Tribunal Económico Administrativo Municipal de la Ciudad de Móstoles; profesor asociado de Sistema Fiscal en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Complutense de Madrid y profesor del CUNEF (Centro Universitario de Estudios Financieros). Es asimismo, profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid.

LÓPEZ POZA, Antonio. Madrid, 1959. Es licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE), y máster en Asesoría Fiscal de Empresas por el Instituto de Empresa. Comenzó su actividad profesional en Bankinter, continuándola en el despacho de asesoría fiscal de Arthur Andersen y en la Empresa Nacional Santa Bár-

bara. Entre los años 1989 a 2009 ha sido director de Gestión Tributaria y Asesor Fiscal de Caja Madrid. Actualmente es director de Asesoramiento Fiscal de la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA).

La actividad docente ha sido una constante en su vida profesional, tanto en el ámbito universitario (Facultades de Derecho y de Ciencias Empresariales de la Universidad Pontificia Comillas-ICADE), como en cursos de postgrado (Máster de Análisis Financiero Avanzado de la Universidad Carlos III y Máster de Mercados Financieros de la Universidad San Pablo-CEU). Actualmente es profesor de los másteres de Tributación y de Banca y Finanzas del Centro de Estudios Garrigues. Ha sido ponente en numerosos seminarios especializados en materia tributaria.

LUQUE CALVO, Dolores. Es licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, tiene un máster en Mercados Financieros por el Instituto de Estudios Bursátiles, un máster en Asesoría Fiscal por el Instituto de Empresa y un máster en Finanzas por la Universidad de Deusto. Ha trabajado en diferentes empresas, pero siempre dentro del ámbito tributario. Actualmente, presta sus servicios en el Departamento de Asesoramiento Fiscal de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

MERINO JARA, Isaac. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. Es autor de numerosos trabajos en materia de haciendas locales. Es vocal de la Junta Arbitral prevista en el Concerto Económico con el País Vasco y forma parte de los consejos de redacción de importantes revistas de su especialidad.

MORENO GONZÁLEZ, Saturnina. Es profesora contratada doctora de Derecho Financiero y Tributario en la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha. Es autora de numerosas publicaciones en materia tributaria.

PÉREZ-BUSTAMANTE, David. Profesor titular interino de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Es abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, integrado en el despacho profesional Uría-Menéndez.

CAJAS DE AHORROS CONFEDERADAS

BANCAJA (Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante).
BBK (Bilbao Bizkaia Kutxa).
CAIXA LAIETANA (Caixa d'Estalvis Laietana).
CAIXA ONTINYENT (Caja de Ahorros y M. P. de Ontinyent).
CAIXA PENEDÉS (Caixa d'Estalvis del Penedés).
CAJA CANARIAS (Caja General de Ahorros de Canarias).
CAJA CANTABRIA (Caja de Ahorros de Santander y Cantabria).
CAJA CÍRCULO (Caja de Ahorros y M.P. del Círculo Católico de Obreros de Burgos).
CAJA DE ÁVILA (Caja de Ahorros de Ávila).
CAJA DE BADAJOZ (M.P. y Caja General de Ahorros de Badajoz).
CAJA DE BURGOS (Caja de Ahorros Municipal de Burgos).
CAJA DE EXTREMADURA (Caja de Ahorros y M.P. de Extremadura).
CAJA ESPAÑA Y CAJA DUERO (Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, Caja de Ahorros y Monte de Piedad).
CAJA GRANADA (Caja General de Ahorros de Granada).
CAJA INMACULADA (Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón).
CAJA MADRID (Caja de Ahorros y M.P. de Madrid).
CAJA MURCIA (Caja de Ahorros de Murcia).
CAJA NAVARRA (Caja de Ahorros y M.P. de Navarra).
CAJA RIOJA (Caja de Ahorros de la Rioja).
CAJA SEGOVIA (Caja de Ahorros y M.P. de Segovia).
CAJASOL (M.P. y Caja de Ahorros de San Fernando, de Guadalajara, Huelva, Jerez y Sevilla).
CAJASTUR (Caja de Ahorros de Asturias).
CAM (Caja de Ahorros del Mediterráneo).
CATALUNYA CAIXA (Caja d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa).
COLONYA CAIXA POLLENÇA (Caja de Ahorros de Pollença).
IBERCAJA (Caja de Ahorros y M.P. de Zaragoza, Aragón y Rioja).
KUTXA (Caja de Ahorros y M.P. de Guipuzkoa y San Sebastián).
LA CAIXA (Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona).
LA CAJA DE CANARIAS (Caja Insular de Ahorros de Canarias).
NOVA CAIXA GALICIA (Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra).
SA NOSTRA (Caja de Ahorros y M.P. de Baleares).
UNICAJA (M.P. y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga, Antequera y Jaén).
UNNIM (Caixa d'Estalvis Unió de Caixes de Manlleu, Sabadell i Terrassa).
VITAL KUTXA (Caja de Ahorros de Vitoria y Álava).

PUBLICACIONES DE LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Últimos números publicados:

PAPELES DE ECONOMÍA ESPAÑOLA

- N.º 124. La reforma del mercado de trabajo
N.º 125/126. Claves actuales de la fiscalidad del futuro

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO

- N.º 99. La dimensión en el sector bancario
N.º 100. Treinta años de sistema financiero

PANORAMA SOCIAL

- N.º 11. Envejecimiento, adaptación y cambio social
N.º 12. Empleo, desempleo y pobreza

ECONOMÍA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- N.º 22. Galicia y Norte de Portugal. Claves económicas de una euroregión

CUADERNOS DE INFORMACIÓN ECONÓMICA

- N.º 219. Economía pública en coyuntura baja
N.º 220. 2010: Un proceso dispar de recuperación autonómica

ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

En INTERNET: <http://www.funcas.es/suscriptores/area.asp>

FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS

Caballero de Gracia, 28. 28013 Madrid. Teléf. 91 596 54 81
suscrip@funcas.es

AÑO 2011

Deseo suscribirme a:


	Euros	
<input type="checkbox"/> <i>Papeles de Economía Española</i>	55,00	
Números sueltos	17,00	
<input type="checkbox"/> <i>Perspectivas del Sistema Financiero</i>	48,00	
Números sueltos	17,00	
<input type="checkbox"/> <i>Cuadernos de Información Económica</i>	66,00	
Números sueltos	13,00	
<input type="checkbox"/> <i>Panorama Social</i> (dos números)	25,00	
Números sueltos	15,00	
<input type="checkbox"/> <i>Estudios de la Fundación</i> (un ejemplar)	13,00	(más gastos de envío)

El pago lo efectuaré:

- ☐ Contra reembolso del primer envío ☐ Giro postal núm. ☐ Cheque bancario
- Nombre o razón social
- Profesión, actividad o departamento
- Domicilio Teléfono
- Ciudad C.P. Provincia o país
- Fecha Correo electrónico

- ☐ Domiciliación bancaria

Muy Sres. míos: Ruego carguen hasta nuevo aviso los recibos que les presentará
LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS a mi nombre
en la siguiente Cuenta corriente o Libreta de ahorros:

Firma o sello. 

Entidad	Oficina	DC	Núm. de Cuenta
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

Para mayor rapidez envíe su pedido por FAX: 91 596 57 96

EL NUEVO RÉGIMEN FISCAL DE LOS SISTEMAS INSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

Antonio López Poza

Los sistemas institucionales de protección (SIP) pueden definirse como acuerdos contractuales en virtud de los cuales varias entidades financieras se protegen mutuamente a fin de evitar la quiebra cuando resulte necesario, en particular garantizando su liquidez y solvencia a través de garantías cruzadas y, en algunos casos, mediante una infraestructura de servicios comunes.

Sus antecedentes normativos se encuentran en la normativa reguladora de los recursos propios de las entidades de crédito que, en propiedad, no suponen fórmulas para la integración y reestructuración de las entidades de crédito. Sin embargo, fueron incluidas en el Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, a efecto de la posibilidad de ser apoyados por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) mediante su capitalización transitoria para mejorar su eficiencia a medio plazo.

A partir de ese momento, cobran importancia para propiciar integraciones interregionales de cajas de ahorros, pues permiten salvar los obstáculos que las comunidades autónomas de origen podrían plantear a una fusión tradicional.

Tras el *Informe de estabilidad financiera* del Banco de España de marzo de 2010, se publica el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, que aborda las reformas del marco regulatorio del sector financiero necesarias para agilizar su proceso de reestructuración, pero es el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, el que aborda una reforma del régimen fiscal para garantizar la neutralidad fiscal de los distintos modelos de ejercicio de su actividad por parte de las cajas de ahorros.

Básicamente, para conseguir ese objetivo, permite la aplicación del régimen fiscal de las reestructuraciones, previsto en el Impuesto sobre Sociedades, a las transmisiones de activos realizados para la constitución y ampliación de un SIP, se establece una exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los conceptos de «operaciones societarias» y «actos jurídicos documentados» aplicable a la entidad central del SIP en la constitución y en las ampliaciones de capital o aportaciones suscritas por las entidades agrupadas, y se establece la posibilidad de que las entidades integradas en un SIP puedan tributar por IVA y por IGIC en el régimen especial de grupo de entidades.

El Real Decreto-Ley 11/2010 dejó, no obstante, sin resolver un buen número de cuestiones que han sido abordadas en el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, que es, asimismo, analizado en este artículo.

RÉGIMEN FISCAL DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

David Pérez Bustamante

La Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles pretende unificar y ampliar el régimen jurídico de las alteraciones que afectan a la estructura patrimonial o personal de las sociedades y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo, así como el traslado internacional del domicilio social. Ahora bien, esta Ley no contiene la regu-

lación del régimen fiscal aplicable a las operaciones que regula, que aparece contenido en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

El autor señala la necesidad de realizar un esfuerzo para, al menos, coordinar las categorías de modificaciones estructurales existentes en la normativa mercantil con las existentes en la normativa tributaria, con objeto de despejar las dudas respecto a cuáles de las operaciones de modificación estructural puede aplicarse el régimen fiscal especial de neutralidad.

Dicho régimen especial pretende descargar de implicaciones tributarias inmediatas a la operación protegida, con el objeto de favorecer la integración y reorganización de empresas comunitarias, impidiendo el trato discriminatorio de operaciones transfronterizas.

Los objetivos pretendidos se alcanzan a través de dos técnicas: a) la no integración en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, que grava a las entidades transmitentes, de los incrementos y disminuciones de patrimonio correspondientes a los bienes transmitidos, y b) las entidades adquirentes deben valorar los elementos recibidos, a efectos fiscales, por el importe que tenían con anterioridad a la realización de la transmisión.

El artículo plantea la cuestión relativa a la posibilidad de acogimiento al régimen fiscal especial de aquellas operaciones que, siendo modificaciones estructurales de acuerdo con la normativa mercantil, no cumplen estrictamente con los requisitos establecidos en la normativa fiscal para aplicar el régimen de reestructuración.

Una primera posibilidad (principio de calificación unitario) consistiría en considerar que, en la medida en la que una determinada operación pueda ser calificada desde la perspectiva mercantil como operación de modificación estructural de fusión o escisión, automáticamente deberá recibir esta calificación en el ámbito tributario, siendo, por tanto, susceptible de acogerse al régimen fiscal especial. En opinión del autor, este principio de calificación unitaria sólo podría defenderse en aquellos casos en los que se produzca un resultado efectivamente equivalente al pretendido por el régimen de reestructuración, lo que excluye todas aquellas operaciones en las que se produzca una compensación en metálico o activos respecto de los cuales no procede la aplicación del régimen de diferimiento, ideado para ser aplicado respecto de acciones o participaciones. En consecuencia, el autor considera necesaria una modificación legislativa para adaptar el texto de la norma tributaria al sentido del régimen de reestructuración de acuerdo con las nuevas definiciones realizadas por la Ley de Modificaciones Estructurales.

A continuación se estudian de manera pormenorizada las operaciones de transformación, fusión —incluyendo las fusiones especiales—, escisión y cesión global de activo y pasivo. A la vista del análisis realizado, se concluye que el régimen de reestructuración es aplicable a las operaciones de fusión general y, dentro de las fusiones especiales, a los supuestos de absorción de sociedades íntegramente participadas, a la absorción de sociedad participada al 90 por 100 y a las fusiones inversas, siempre que la participación sea directa, pero no es el caso de participación indirecta. Aunque considera que el régimen especial debería ser de aplicación a las fusiones horizontales o generales, en aquellos supuestos en que el socio es una persona jurídica, de acuerdo con el tenor literal de la norma, actualmente estas operaciones no quedarían protegidas.

En cuanto a la escisión, es clara la posibilidad de aplicar el régimen especial, y también a la aportación no dineraria de rama de actividad. Por último, la cesión global de activo y pasivo, en la medida en que requiere que la contraprestación que recibe cada socio no puede consistir en valores, no podrá tener encaje en el régimen de reestructuración.

EL IVA Y LOS SERVICIOS FINANCIEROS

Dolores Luque Calvo

La justificación de la amplia gama de exenciones en los servicios financieros se encuentra en motivos históricos de tipo socio-económico y de carácter técnico, como las dificultades prácticas para determinar la tributación de ciertas operaciones financieras. Tras varios intentos de reconsideración de estas exenciones, la crisis económica internacional ha hecho que la reforma de los servicios financieros no haya visto todavía la luz.

Como es sabido, el derecho a la deducción del IVA soportado en los gastos en los que ha incurrido un determinado sujeto pasivo para prestar sus servicios surge exclusivamente cuando dichos gastos se corresponden con la realización de operaciones sujetas. Por tanto, si las prestaciones están exentas del IVA, no surge derecho a la deducción del IVA soportado. Así, cuando los proveedores de servicios externos deciden externalizar una parte de sus actividades, soportan un IVA que, al no poder deducirse, pasa a formar parte de sus costes.

Los efectos de las exenciones en las operaciones financieras pueden examinarse desde distintos ángulos. Así, se generan costes superiores a los de sus homólogos no europeos, inseguridad jurídica en las definiciones de las operaciones financieras, mayores costes administrativos y obstáculos para incrementar la competitividad de los operadores financieros europeos y optar por modelos de actuación no óptimos desde el punto de vista empresarial. Se enumeran, asimismo, distorsiones para los clientes y para el tesoro público.

Las dificultades para delimitar con claridad qué operaciones financieras se encontraban exentas, y cuáles no, han provocado numerosos conflictos entre los operadores financieros y los estados miembros. El TJUE ha desarrollado una extensa jurisprudencia basada en tres pilares: 1) las exenciones han de interpretarse estrictamente; 2) la naturaleza del servicio es lo importante, con independencia de quién lo preste o cómo se preste, y 3) la interpretación de las exenciones debe respetar el principio de neutralidad fiscal.

El trabajo ofrece las posibles alternativas que pueden adoptarse al tratamiento actual de las operaciones financieras en el IVA, para comentar posteriormente la reforma propuesta por la Comisión Europea en la propuesta de Directiva aprobada el 28 de noviembre de 2007, cuyos objetivos eran ofrecer una mayor seguridad jurídica reduciendo las obligaciones administrativas y reducir la incidencia del IVA oculto en los costes de los operadores financieros y de seguros. Asimismo, se da cuenta de la propuesta de Reglamento de la misma fecha, en desarrollo de la propuesta de Directiva.

Por último, la autora se pronuncia en favor de la opción de gravar los servicios financieros que se presten cuando el destinatario de la operación sea una empresa totalmente sujeta al impuesto.

LOS GRUPOS DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y LA TRIBUTACIÓN CONSOLIDADA EN EL IVA

Leopoldo Delgado Mompó

Cualquier régimen especial de tributación consolidada se configura como un tratamiento fiscal favorable para reducir o diferir la presión fiscal en un determinado impuesto. La imposibilidad de deducir el IVA soportado por parte de las entidades financieras, como consecuencia de la exención de tales servicios, hace que la tributación consolidada en el IVA se presente como una herramienta imprescindible para salvaguardar el principio de neutralidad fiscal. Por ello, la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, contempla la posibilidad de que los estados miembros regulen un régimen de

tributación consolidada en el IVA. En España, el régimen se encuentra regulado en el capítulo IX de la Ley del IVA, que contempla dos modalidades de tributación: la sencilla, o meramente agregada, y la que realmente permite la consolidación en el IVA, o sistema avanzado. En este caso, la base imponible de las operaciones intragrupo estará constituida por el coste de los bienes y servicios utilizados directamente o indirectamente, total o parcialmente, en su realización y por los cuales se haya soportado el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Con independencia de que se haya optado por el nivel básico o por el nivel avanzado, el perímetro del grupo es siempre el mismo: entidades participadas en un 50 por 100 por la dominante. Tras analizar los criterios interpretativos en materia del perímetro subjetivo, el artículo detalla las obligaciones formales de carácter censal y pasa a ocuparse detalladamente de la aplicación del nivel avanzado del régimen especial, cuya verdadera transcendencia consiste en la «desaparición» desde la perspectiva del IVA de las operaciones entre sus miembros..

Conviene señalar que la opción por el nivel avanzado impone a la entidad dominante la obligación de determinar la base imponible de las operaciones intragrupo, así como la aplicación del tipo impositivo correspondiente, por medio de un sistema de información analítica, regulado en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Este artículo intenta dar un enfoque diferente al régimen especial de grupos con la finalidad de despejar las dudas que pudieran existir acerca de su validez a la luz de la Directiva, y para dejar asentadas las grandes directrices que deberán ser tenidas en consideración a la hora de resolver las lagunas de regulación fácilmente detectables que se añaden a la complejidad intrínseca del IVA en el sector bancario.

EL IMPUESTO AUTONÓMICO SOBRE DEPÓSITOS BANCARIOS

Isaac Merino Jara

Con la promulgación de la Ley 14/2001, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Crédito, la Comunidad Autónoma de Extremadura creó un impuesto propio destinado a gravar la obtención de fondos reembolsables por parte de bancos, cajas de ahorros y cooperativas de crédito que operen en su territorio. Desde que se anunció la intención de establecer este impuesto, se manifestaron diversas reacciones contrarias a su implantación que quedaron materializadas en la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno el día 27 de marzo de 2002, al entender que vulneraba los límites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, así como el principio de territorialidad y de libre circulación previsto en el artículo 157.2 de la Constitución Española, y concretado, para la materia tributaria, en el artículo 139.2 del texto constitucional. A la espera del examen de constitucionalidad del impuesto extremeño, Andalucía ha establecido el llamado Impuesto sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito, por el artículo 6º del Decreto-Ley 4/2010, de 6 de julio, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, figura tributaria de configuración, salvo contadas excepciones, prácticamente idéntica a la extremeña. Mediante un análisis conjunto de ambos tributos, en este artículo se examinan esencialmente, por un lado, los principales argumentos en favor de su inconstitucionalidad y, por otro, su adecuación al derecho comunitario.

LA TASA MUNICIPAL DE CAJEROS AUTOMÁTICOS: UNA PRIMERA BATALLA GANADA POR LOS AYUNTAMIENTOS

Pablo Chico de la Cámara

Durante los últimos años, se ha generado una numerosa conflictividad entre los ayuntamientos y las entidades financieras como con-

secuencia de la aplicación de la tasa municipal de cajeros automáticos, que ha quedado saldada a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Al estudio de dicha jurisprudencia se dedica este artículo.

Como cuestión previa, se analiza la naturaleza de esta prestación tributaria, pues algunos ayuntamientos la incluyen en una ordenanza general de tasas por utilizaciones privativas y aprovechamientos especiales de dominio público, en tanto que otros lo hacen en una ordenanza más específica de tasa por ocupación del subsuelo, suelo y vuelo de los terrenos de dominio público, y aun otros han aprobado una ordenanza propia por instalación de cajeros automáticos en las fachadas de inmuebles con acceso desde la vía pública.

El autor plantea la cuestión relativa a si dichas ordenanzas tienen cobertura legal de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo se ha pronunciado claramente en favor de la validez del tributo, pero han quedado sin resolver algunas cuestiones problemáticas.

Así, aquellas ordenanzas que omitan cualquier referencia expresa al hecho imponible concreto de la tasa, limitándose únicamente a regular sus tarifas específicas, podrían ser impugnadas por ausencia de tipificación en cuanto que faltaría uno de los elementos esenciales, como es el derivado del presupuesto de hecho generador del tributo.

En segundo lugar, debe entenderse que cuando el cajero esté ubicado no en línea de fachada con la calle, sino en el mismo interior de la sucursal, no cabe exigir la tasa, por cuanto no habría aprovechamiento especial del dominio público.

En tercer lugar, la ausencia o insuficiencia de la memoria económico-financiera que recoja expresamente cuál es el cálculo al que llega la corporación local para fijar el valor de mercado que tendría el aprovechamiento especial del bien si no fuese de dominio público es causa de nulidad de pleno derecho de la ordenanza.

Por último, ha de señalarse que la doctrina del Tribunal Supremo habilita a los ayuntamientos para que puedan exigir tasas en otros supuestos de máquinas expendedoras (*v. gr.* de bebidas refrescantes) o por la existencia de taquillas para la venta de entradas en espectáculos públicos o acontecimientos deportivos y culturales.

PROPUESTAS INTERNACIONALES DE TRIBUTOS ESPECÍFICOS SOBRE LAS ENTIDADES FINANCIERAS COMO RESPONSABLES DE LA CRISIS FINANCIERA

Francisco José Delmas González

Se ha hablado mucho en los últimos meses, en diferentes foros e instituciones nacionales e internacionales, acerca de la posibilidad de establecer gravámenes sobre las entidades financieras para compensar el perjuicio presupuestario que han causado en la mayor parte de los estados.

La discusión es muy intensa en los foros internacionales donde se plantea. Se trata de un debate que afecta, y mucho, a las entidades financieras, pero no es el único. Otras cuestiones que se están estudiando son modificar los esquemas de supervisión para reforzarlos y evitar que se produzcan situaciones en el futuro como las recientemente vividas y que aún padecemos, y de otra parte, la modificación de los requerimientos de capital que se está llevando a cabo en el marco de Basilea III para reforzar los recursos básicos propios de las entidades financieras; todo ello orientado a prevenir problemas futuros en las entidades financieras.

En relación con la implantación de un posible gravamen sobre las entidades financieras, en las reuniones del G20 se ha esbozado esta

posibilidad; también se está barajando esta circunstancia en la Unión Europea. Por otra parte, algunos estados están planteándose la introducción de un gravamen sobre las entidades financieras de manera unilateral.

Pero acerca de a qué tipos de gravámenes se refieren, se está trabajando: cuáles serían las justificaciones o razones para su establecimiento, si serán viables estos gravámenes en un mundo globalizado en el cual existe plena libertad en la circulación de capitales; además, habría que plantearse el hecho de que si no existen unas mínimas reglas de armonización global, sería posible incurrir en esquemas de doble imposición. Todas estas cuestiones o reflexiones están en el ánimo de las personas que debaten la viabilidad o el análisis de una posible introducción de un gravamen sobre las entidades financieras.

En la presente colaboración se trata de contribuir a un debate sesgado sobre esta cuestión y de tratar de sintetizar las principales ideas y los aspectos básicos que están moviendo el debate en estos momentos en los diferentes foros internacionales

LOS REQUERIMIENTOS INDIVIDUALIZADOS DE INFORMACIÓN A LAS ENTIDADES BANCARIAS

Javier Galán Ruiz

La obligación de proporcionar a la Administración tributaria datos, informes o antecedentes con transcendencia tributaria constituye una manifestación de los llamados «deberes de colaboración», que pueden clasificarse en dos categorías: los que derivan del cumplimiento de obligaciones previamente establecidas (información «por suministro») y los que resultan del cumplimiento de requerimientos individualizados de información (información «por captación»). Este artículo se ocupa de este último tipo de información recabado de entidades bancarias y crediticias.

Tras analizar ampliamente la evolución normativa de los deberes de información, se estudian las normas contenidas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria de 2007.

La normativa reglamentaria regula detalladamente los datos que han de incluirse en los requerimientos individualizados, así como las formas, el alcance de los mismos y los órganos competentes para conceder la autorización y el contenido del requerimiento.

Por su parte, la jurisprudencia y la doctrina administrativa se han ocupado de precisar varios extremos relacionados con esta materia. Destacan, en particular, los siguientes aspectos.

En primer término, la posible vulneración del derecho a la intimidad y del secreto bancario. La sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, mantuvo, en esencia, los siguientes criterios:

1. El secreto bancario tiene como fundamento la protección del derecho a la intimidad del cliente, garantizado por el art. 18.1 de la Constitución.
2. El derecho a la intimidad no es absoluto, y debe ceder ante derechos superiores.
3. La investigación de las cuentas corrientes como requisito para comprobar el fiel cumplimiento de las obligaciones tributarias es lícito de acuerdo con la Constitución.
4. No obstante, la Constitución impide las injerencias arbitrarias, ilegales y abusivas.

En segundo lugar, el artículo aborda la delimitación del concepto «datos con trascendencia tributaria» basándose en la jurisprudencia y en la doctrina administrativa.

La tercera cuestión estudiada es la necesidad de acudir, o no, al procedimiento especial con autorización en los requerimientos de información a entidades bancarias y crediticias, señalando, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el procedimiento especial sólo debe utilizarse para recabar los datos más íntimos.

LOS FONDOS PÚBLICOS AL SECTOR BANCARIO Y EL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO

Saturnina Moreno González

Este artículo tiene como objeto el análisis jurídico de los cambios introducidos en la normativa europea en materia de ayudas de Estado para hacer frente a la crisis financiera, así como de las medidas de apoyo adoptadas por España a favor del sector financiero a partir de las orientaciones dadas por la Comisión.

El principio general determina la incompatibilidad de las ayudas estatales con el mercado interior, pero se contemplan, asimismo, una serie de excepciones a esa prohibición general para ciertos tipos de ayudas públicas que se consideran beneficiosas para corregir fallos del mercado, o porque persiguen objetivos de interés general comunitario.

Al amparo de estas excepciones, España ha adoptado medidas de apoyo al sector bancario, la más importante de las cuales es el llamado Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB). Su crea-

ción pretende impulsar la reestructuración del sistema bancario español, preservando la confianza en el sistema financiero, aumentando su solidez y su solvencia, de manera que las entidades de crédito tengan una posición sólida y puedan proporcionar con normalidad financiación a la economía real. Sus funciones son, en primer lugar, apoyar los procesos de integración entre entidades fundamentalmente sólidas que voluntariamente acuerden participar en fusiones u otros procesos análogos de integración. En segundo lugar, facilita la resolución de crisis de entidades en situación de debilidad económico-financiera mediante procesos de reestructuración.

A pesar de tratarse de una ayuda estatal, la Comisión Europea entiende que el régimen del FROB es compatible con el mercado interior, ya que, en consonancia con las comunicaciones bancaria y sobre recapitalización, es una ayuda adecuada, necesaria y proporcional.

Es adecuada porque la crisis financiera y la caída del mercado inmobiliario en España ha repercutido sobre el mercado del crédito español, ralentizándolo y registrando un aumento brusco de los índices de impago.

Es necesaria para reparar el exceso de capacidad del sistema crediticio español, que precisa de corrección, y para permitir a las entidades de crédito sólidas corregir sus debilidades, estableciendo las condiciones normales en la concesión de créditos.

Es proporcional porque los falseamientos de la competencia producidos por el régimen se minimizan mediante diversas cautelas y salvaguardias, y también se valora el establecimiento de la obligación de informar a la Comisión sobre las actuaciones del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.

El sistema financiero español vive hoy una situación de cambio. Su proceso de modernización y reforma ha dado origen a nuevas instituciones y a la alteración en su funcionamiento de muchas de las ya existentes.

Facilitar un conocimiento mejor del sistema financiero español en la actualidad constituye el propósito de PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

Con tal finalidad, PERSPECTIVAS DEL SISTEMA FINANCIERO trata de facilitar a sus lectores una contemplación de nuestra actual realidad financiera, analizando las principales instituciones que la integran, así como su operativa y funcionamiento. Este estudio de las instituciones del sistema financiero español se complementará con la valoración de sus principales problemas, que trataremos de obtener de quienes conocen o dirigen diariamente sus actividades.

Aspiramos a que estas tareas se realicen en el marco de los principios que presiden la actuación de la Fundación de las Cajas de Ahorros.

- ➔ Plena libertad intelectual de nuestros colaboradores.
- ➔ La responsabilidad de las opiniones emitidas y el respaldo riguroso de las afirmaciones realizadas para avalar adecuadamente tanto los planteamientos como las soluciones a los problemas estudiados.
- ➔ El compromiso de las opiniones con los problemas planteados por el sistema financiero español.
- ➔ La búsqueda y la defensa de los intereses generales en los temas objeto de tratamiento.
- ➔ La colaboración y sugerencias críticas de los lectores para que nuestras PERSPECTIVAS logren el propósito que con ellas pretendemos.

Pedidos e información:

FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS
Caballero de Gracia, 28
28013 Madrid
Teléfono: 91 596 54 81
Fax: 91 596 57 96
suscrip@funcas.es
www.funcas.es

P.V.P.: 11 € (IVA incluido)

ISSN 2254-3430



9 1778411 329560