

LOS INCENTIVOS FISCALES AL MECENAZGO EN ESTADOS UNIDOS. ¿QUÉ PODEMOS APRENDER CON VISTAS A LA REFORMA DE LA LEY 49/2002?

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

El presente estudio es el resultado de un proyecto de investigación en la *Boston University* financiado por las Fundaciones Rafael del Pino y Fundación Telefónica. El autor quiere agradecer a ambas instituciones el apoyo prestado.
El trabajo se entregó para publicación en octubre de 2012

ÍNDICE

- 1 INTRODUCCIÓN. IMPORTANCIA DEL MECENAZGO EN ESTADOS UNIDOS**
 - 1.1 *Origen del mecenazgo en Estados Unidos*
 - 1.2 *Importancia económica del mecenazgo*
- 2 DEDUCCIONES POR MECENAZGO Y ECONOMÍA: JUSTIFICACIONES Y TENDENCIAS**
 - 2.1 *Aproximación al régimen fiscal del mecenazgo en Estados Unidos*
 - 2.1.1 Personas jurídicas
 - 2.1.2 Límites de la deducción
 - 2.2 *Incidencia del sistema tributario sobre el mecenazgo*
 - 2.3 *Justificación de una normativa fiscal sobre el mecenazgo en Estados Unidos*
 - 2.3.1 Razones personales del mecenazgo
 - 2.3.2 Justificación de los incentivos fiscales al mecenazgo
 - 2.3.3 Críticas a los incentivos fiscales al mecenazgo
 - 2.4 *La reforma del mecenazgo para las personas físicas en Estados Unidos (la reforma OBAMA)*
 - 2.5 *Las propuestas de la Oficina Presupuestaria del Congreso*
- 3 ENTIDADES BENEFICIARIAS DEL MECENAZGO**
 - 3.1 *Consideraciones sobre el carácter no lucrativo como requisito de deducibilidad*
 - 3.2 *Las ENL extranjeras: las donaciones internacionales*
- 4 EL CONCEPTO DE DONACIÓN Y EL DESDOBLAMIENTO DE LOS NEGOCIOS EN GRATUITOS Y CON CONTRAPRESTACIÓN**
 - 4.1 *El control de los fondos donados por la ENL*
 - 4.2 *Servicios o ventas por encima del valor del mercado*
 - 4.3 *Bienes adquiridos por valor inferior a su valor de mercado (bargain sale)*
 - 4.4 *Las operaciones mixtas y la publicidad*
 - 4.5 *El reconocimiento del donante*
- 5 EL DIFÍCIL CONCEPTO DE DONACIÓN EN EL MUNDO EMPRESARIAL (RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA). ¿PUEDEN LAS PERSONAS JURÍDICAS HACER DONACIONES?**
 - 5.1 *Capacidad para hacer donaciones de las personas jurídicas*
 - 5.2 *Opción tributaria: la deducibilidad de las donaciones realizadas por las personas jurídicas*
 - 5.3 *Los problemas de agency-cost y la responsabilidad del órgano de gobierno*
 - 5.4 *Gastos correlacionados con las actividades, responsabilidad social corporativa y donaciones*
- 6 EL RÉGIMEN DEL MECENAZGO PARA LAS PERSONAS FÍSICAS**
 - 6.1 *Características generales*

- 6.2 *La opción por el mecenazgo*
- 6.3 *Los límites de deducción sobre la base imponible*
 - 6.3.1 Justificación de los límites
- 6.4 *La compensación en años futuros*
- 7 EL RÉGIMEN DEL MECENAZGO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**
 - 7.1 *Imputación temporal de la donación*
 - 7.2 *Los límites de deducción y la compensación en años futuros*
- 8 EL TRATAMIENTO DE LAS DONACIONES EN ESPECIE**
 - 8.1 *La regla del valor de mercado frente al coste de adquisición*
 - 8.2 *Las donaciones de existencias*
 - 8.3 *Reglas especiales para valorar ciertos elementos*
 - 8.4 *El valor de mercado: su justificación y la IRS publication 561*
 - 8.5 *Régimen sancionador*
- 9 DONACIONES DE BIENES REALIZADAS DE FORMA FRACCIONADA EN EL TIEMPO**
- 10 LA NO DEDUCCIÓN POR MECENAZGO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS**
 - 10.1 *Los servicios gratuitos de las empresas*
 - 10.2 *El uso de bienes*
 - 10.3 *Las donaciones de derechos devengados por trabajo o servicios*
- 11 OBLIGACIONES FORMALES PARA LA DEDUCCIÓN FISCAL DE LAS DONACIONES**
 - 11.1 *Documentación en el caso de donaciones en dinero*
 - 11.2 *Las operaciones mixtas: donación y precio*
 - 11.3 *Las donaciones en especie*
 - 11.4 *La responsabilidad del donatario en la donación*
- 12 CONCLUSIONES: RESUMEN DE MEDIDAS QUE PUEDEN SER APLICABLES EN ESPAÑA**

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1 INTRODUCCIÓN. IMPORTANCIA DEL MECENAZGO EN ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos tiene una larga tradición en la regulación fiscal del mecenazgo y de las Entidades no Lucrativas (en adelante, ENL)(1). A esa larga tradición hay que añadir que, en términos económicos, las cantidades que se manejan están fuera del alcance de cualquier otro país y que el acervo normativo y doctrinal es en esta materia mucho más extenso que el existente en España(2). Además, el régimen del mecenazgo en Estados Unidos para las personas físicas, que son las que suponen en dicho país la mayor parte de las donaciones, es más beneficioso que en España. Y el beneficio no se encuentra tanto en el tipo efectivo de deducción, que también es más alto en USA para los grandes donativos, sino fundamentalmente en que los límites para poder deducir son muchos más benévolos. Pero el mecenazgo en Estados Unidos es mucho más que límites y porcentajes y hay diversas cuestiones que pueden ser un referente para los cambios legislativos que parece que se plantean en España.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En Estados Unidos, una persona física con una base imponible de 200.000 unidades que dona 100.000 podría deducir por mecenazgo las 100.000 íntegras a su tipo marginal (a estos efectos suponemos que es un 35%), lo que alcanzaría a 35.000 unidades. En España, una persona física con una base liquidable de 200.000 unidades si dona 100.000 podría deducirse sólo 20.000 al tipo del 25%, es decir, 5.000 unidades. En términos cuantitativos, el contribuyente de Estados Unidos se ha deducido 7 veces más.

Otra idea fundamental es que las donaciones en Estados Unidos son muy elevadas y la cultura del mecenazgo tiene una especial aceptación. Esto no ocurre en España. Y es importante tener en consideración que si lo que se pretende es que el mecenazgo en nuestro país se incremente de forma sustancial, los incentivos tendrían que ser especialmente generosos, incluso más que los que existen en Estados Unidos, con el objeto de compensar esa situación inicial.

El objeto de este trabajo es examinar el régimen tributario del mecenazgo en Estados Unidos, entendiendo el mecenazgo en sentido estricto, con vistas a intentar proveer propuestas que

(1) En este trabajo se hará mención constante al *Internal Revenue Service* (IRS), que es equiparable a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, y al *Internal Revenue Code* (IRC), que es el Código tributario. Por otro lado, se hará referencia de manera indistinta, y a los efectos de evitar usar siempre la misma palabra, a Estados Unidos o a USA para referirnos al este país.

(2) Señala ZOLT (2011-2012, pág. 364) que Estados Unidos es el país que más dona tanto internamente como en ayuda internacional. Por su parte, POZEN (2006, pág. 534) advierte que el régimen fiscal de las donaciones ha dado lugar a uno de los mayores desarrollos doctrinales de todo el Derecho fiscal. En la página web del *Internal Revenue Service* (<http://www.irs.gov/>) aparecen siete materias de desarrollo y una de ellas es, precisamente, la de las entidades no lucrativas.

puedan ser útiles en la modificación de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, que ha sido planteada por el actual Gobierno(3). Con la vista puesta en ese objetivo, la estructura de este trabajo consta de un estudio sistemático de las principales cuestiones del régimen tributario del mecenazgo en los Estados Unidos, pero añadido en aquellas materias que se han considerado relevantes una nota con el enunciado “**INCIDENCIA EN ESPAÑA**”, donde se exponen las valoraciones personales del autor respecto a posibles modificaciones internas con base en el sistema de los Estados Unidos. Por tanto, la finalidad principal del trabajo es la propuesta de reformas en la Ley 49/2002 a la vista de lo que nos pueda enseñar el Derecho de los Estados Unidos(4).

1.1 Origen del mecenazgo en Estados Unidos

El régimen fiscal del mecenazgo en Estados Unidos se reguló hace casi ya 100 años (en 1917 con la *War Revenue Act*) permitiéndose los incentivos al mecenazgo de las personas físicas con el objeto de conseguir mayores donaciones para las ENL. Se trata de unas de las deducciones más antiguas. Desde entonces, y a pesar de que el sistema ha ido cambiando, lo que se permite es que el importe de la donación, y hasta un determinado límite, sea deducible en la base imponible del contribuyente a su tipo marginal. Es decir, una reducción en base y no una deducción en la cuota. A partir de 1935, se permitieron las deducciones para las personas jurídicas aunque con distintos límites y porcentajes. La justificación económica del mecenazgo se basó, exclusivamente, en un análisis del mecenazgo como ahorro de gastos públicos. Las donaciones a ENL supondrían un ahorro de costes para la Administración en tanto estas entidades prestarán servicios que en otro caso ésta debería asumir. Mediante la deducción por mecenazgo, y el coste fiscal que lleva aparejado, se compensa ese ahorro(5).

(3) En Estados Unidos las deducciones fiscales al mecenazgo se consideran “subsidios” a las ENL. Y desde esa perspectiva económica, los subsidios no se limitan al mecenazgo sino que alcanzan a todo el sistema de exenciones fiscales que permiten reducir los costes de las ENL. Por tanto, los incentivos fiscales al mecenazgo forman parte de un sistema completo de subsidios indirectos a las ENL (COLOMBO, 2001, pág. 689). Pero a diferencia de otros incentivos, como ocurre con la exención del IS, en el caso del mecenazgo el Gobierno sólo invierte en una ENL si lo hace un particular. Como señala SCHIZER (2008-2009, pág. 235) cuando una ENL tiene beneficios y está exenta de pagar IS el Estado está financiando dicha actividad, pero a diferencia de lo que sucede con el mecenazgo, la exención no está destinada a obtener mayores fondos por parte de terceros.

(4) Algunas de las propuestas de reforma que se recogen en este trabajo las hemos expuesto en otro estudio publicado con el profesor ISIDORO MARÍN DÉGANO en *Crónica Tributaria* (BLÁZQUEZ LIDOY y MARTÍN DÉGANO, 2012b).

(5) La doctrina ha señalado que la finalidad inicial de los incentivos fiscales al mecenazgo eran proveer a las ENL de fondos. Es decir, el objetivo era dar un subsidio las ENL, aunque el Congreso

1.2 Importancia económica del mecenazgo

Los estudios que se ocupan de analizar el régimen tributario del mecenazgo toman en consideración datos reales a los efectos de poder valorar la incidencia de los incentivos fiscales al mecenazgo en la economía. Son datos referentes a las cantidades donadas, efectos en la recaudación fiscal y distribución de esos donantes(6).

(i) Durante el ejercicio 2010, las ENL recibieron 290.890 millones de dólares de donaciones (el 2% del Producto Interior Bruto). De dicha cantidad 211.770 millones de dólares (un 73% aproximadamente) fueron donados por personas físicas, mientras que las empresas donaron 15.290 millones (un 5,25%). El resto de los ingresos provinieron de donaciones de fundaciones, o de sucesiones(7). En GIVING USA se señala que en los últimos 50 años, tres cuartas partes de las donaciones son realizadas por personas físicas (CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY, 2011, pág. 6). Y con datos de 2005, el 26% del total de las donaciones de las personas físicas de ese año fueron en especie, mientras que el 74 restante lo fue en dinero (ACKERMAN y AUTEN, 2011, pág. 652).

El anterior dato pone de manifiesto una de las particularidades del mecenazgo en Estados Unidos, y es que se centra en las personas físicas y no en las personas jurídicas. De hecho, y como veremos, para las personas jurídicas la deducción por donativos se limita al 10% de la base imponible frente al 50% de las personas físicas, lo que no es sino un sesgo normativo en favor de las personas físicas y que se fundamenta en el hecho de que las entidades mercantiles deben estar orientadas a la maximización de los beneficios de los accionistas y donde las donaciones pueden contravenir ese interés.

(ii) Entre las personas que presentaron la declaración del IRPF, el mecenazgo implicaría aproximadamente un 2,5% del los ingresos por este tributo. Se incluye aquellos contribuyentes que identificaron de forma expresa la deducción por mecenazgo (*itemized deduction*) como una estimación de aquellos que no la recogieron de forma expresa (*standard deduction*)(8).

no justificó la razón de esa medida (CORDES, 2011, pág. 2013).

(6) Los datos a los que vamos a hacer referencia son, exclusivamente, referentes al mecenazgo. A los anteriores habría que añadir los que afectan a las propias ENL. Así, por ejemplo, se estima que la exención en el Impuesto sobre Sociedades cada año supone un coste fiscal de aproximadamente 10.000 millones de dólares (ZOLT, 2011-2012, pág. 365, citando a otros autores).

(7) JOINT COMMITTEE ON TAXATION (2011, pág. 1) y CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY, 2011, pág. 1).

(8) Información extraída de la página web del *Congress Budget Office* (<http://www.cbo.gov/publication/42536>, de 18 de octubre de 2011). En el IRPF de USA, y como

(iii) El mecenazgo entre las personas físicas se acumula principalmente en las clases sociales con recursos elevados. En 2008, las personas que declararon más de 100.000 dólares suponían el 13% de los declarantes pero el 58% de las donaciones realizadas. Y menos del 1% de los declarantes con rentas superiores a 500.000 dólares realizaron el 24% del total de las donaciones(9). Según varios estudios económicos, las personas físicas y familias con altos recursos económicos suponían entre el 30 y el 70% de las donaciones de personas físicas, dependiendo del nivel de renta tomado en consideración (CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY, 2011, pág. 6)(10). La distribución de los donantes es un dato esencial en el sistema americano en tanto que las deducciones fiscales al mecenazgo se diseñan tomando en consideración la necesidad de incrementar las aportaciones privadas, y eso implica que se incentive más a los contribuyentes de rentas altas, que son quienes más donan en términos cuantitativos.

(iv) No se puede determinar con exactitud cuál es el importe de la pérdida fiscal para la Hacienda Pública derivada de las deducciones fiscales al mecenazgo, habiéndose estimado que en el año 2006 ascendía a 40.900 millones de dólares(11). Y según el JOINT COMMITTEE ON TAXATION(12) el coste recaudatorio del mecenazgo en el ámbito de las personas físicas será de 230.000 millones de dólares entre 2010 and 2014 para las personas físicas, mientras que en el ámbito del IS sería de 17.000 millones de dólares(13).

veremos, es necesario distinguir entre dos sistemas de deducción. Por un lado “*itemized deduction*”, donde los contribuyentes identifican y se deducen de modo específico varios conceptos entre los que está el mecenazgo, de las llamadas “*standard deduction*”, donde hay una deducción a tanto alzado y no se puede deducir de modo particular. Este segundo sistema implica que los contribuyentes no identifican las donaciones realizadas y, por tanto, no existen datos reales y sólo pueden hacerse estimaciones.

(9) Información extraída de la página web del *Congress Budget Office* (<http://www.cbo.gov/publication/42536>, de 18 de octubre de 2011).

(10) Señala ZOLT (2010-2011, pág. 373), citando al JOINT COMMITTEE ON TAXATION, que de los 35 millones de dolares de deducciones fiscales durante 2009, alrededor de 19.100 millones correspondían a contribuyentes con una base imponible superior a 200.000 dólares, y 9.100 a los contribuyentes con una base imponible entre 100.000 y 200.000 dólares.

(11) Información extraída de la página web del *Congress Budget Office* (<http://www.cbo.gov/publication/42536>, de 18 de octubre de 2011).

(12) El JOINT COMMITTEE ON TAXATION es un comité imparcial del Congreso de los Estados Unidos. Pueden verse sus funciones en <https://www.jct.gov/about-us/overview.html>.

(13) “Estimates of Federal Tax Expenditures for Fiscal Years 2010–2014”, JCS-3-10 (15 de diciembre de 2010), en www.jct.gov/publications.

(v) Las declaraciones de los contribuyentes no identifican las organizaciones a quienes los particulares donan, pero se ha constatado que cuanto mayor es la renta de las personas, menor es la parte de la donación que va dirigida a causas religiosas y mayor la que se destina a educación, salud, cultura(14). Así, entre familias con rentas inferiores a 100.000 dólares, el 67% se destinaba a entidades religiosas, mientras que sólo un 7% iba a parar a instituciones centradas en la educación, salud, o las artes. Y entre las familias que declaraban más de 1 millón de dólares, la situación era la inversa. El análisis de quién y a quién se dona se toma en consideración a los efectos de determinar la política legislativa, en tanto que las deducciones para rentas bajas afectarán fundamentalmente a las actividades de carácter religioso(15).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. A la hora de afrontar una reforma de la Ley 49/2002 es necesario tener información precisa que abarque una serie temporal de años sobre las cantidades donadas en España a entidades merecedoras del mecenazgo, tanto por personas físicas como por personas jurídicas, y cuánto es el coste que supone para la Hacienda Pública(16).

(14) Información extraída de la página web del *Congress Budget Office* (<http://www.cbo.gov/publication/42536>, de 18 de octubre de 2011) citando un estudio de la Universidad de Michigan y el *Bank of America*.

(15) Puede verse al respecto APRILL (2000-2001, págs. 844 y ss).

(16) En España puede verse la información que la AEAT tiene para 2010 en su página web para las personas físicas. Recogemos los datos de la partida 705 (deducciones autonómicas por donativos), siendo la partida para 704 (donaciones estatales por donativos) idéntica.

INFORMACIÓN SOBRE LA PARTIDA 705: DEDUCCIONES AUTONÓMICAS

Tramos de Rend. e Imputac.

(miles de euros)	Liquidaciones	Distribución		LIQUIDACIONES PARTIDA 705		IMPORTE PARTIDA 705	
		Número	Total	Número	Distribución	Importe	Distribución
Negativo y Cero	167.157	0,87	0	0	0	0	0
Hasta 1,5	1.017.503	5,28	9	0	60	0	6,72
1,5 - 6	2.618.366	13,6	11.030	0,44	164.289	0,17	14,89
6-12	3.728.504	19,36	233.942	9,28	4.594.865	4,85	19,64
12-21	5.179.940	26,9	600.123	23,81	14.843.886	15,65	24,73
21 - 30	2.988.519	15,52	559.141	22,18	16.819.441	17,74	30,08
30 - 60	2.864.563	14,88	826.109	32,77	33.920.866	35,77	41,06
60 - 150	619.635	3,22	253.156	10,04	17.420.866	18,37	68,81
150 - 601	67.744	0,35	34.422	1,37	5.147.433	5,43	149,54
Mayor de 601	5.189	0,03	3.011	0,12	1.910.249	2,01	634,42
Total	19.257.120	100	2.520.943	100	94.821.956	100	37,61

2 DEDUCCIONES POR MECENAZGO Y ECONOMÍA: JUSTIFICACIONES Y TENDENCIAS

2.1 Aproximación al régimen fiscal del mecenazgo en Estados Unidos

Con independencia del análisis legal al que luego haremos mención, queremos adelantar cuál es el diseño del sistema de incentivos al mecenazgo regulado en la normativa de los Estados Unidos. Las características fundamentales coinciden con las de nuestro país, en tanto el destinatario tiene que ser una ENL cualificada y no puede haber contraprestación a cambio (tiene que ser una donación). Pero el sistema opera como una reducción en la base imponible y no como una deducción en la cuota. Esto implica que desde el punto de vista fiscal el contribuyente persona física tiene un ahorro fiscal igual a su tipo marginal. Por tanto, el impacto económico de la desgravación fiscal depende del tipo de gravamen del donante. Pero no del tipo medio, sino del marginal, en tanto una reducción en la base imponible minora el último tramo, de tal modo que el ahorro fiscal se determinará en función de los tipos marginales del donante. De esta manera, en una donación de 100 unidades, si el tipo de gravamen marginal fuera del 15%, el beneficio fiscal será, precisamente, de 15 unidades, mientras que si su tipo es del 35%, el beneficio sería de 35(17).

La reducción por donación se califica para las personas física como una “*itemized deduction*” cuyo significado se opone al de “*standard deduction*”. En el IRPF de USA, las personas físicas van a determinar su base imponible mediante la deducción de aquellos gastos que sean deducibles (*Adjusted Gross Income-AGI*). Y, sobre dicha cantidad, pueden elegir entre

-
- (17) Para el año 2012 los tipos de gravamen en USA son, para un cabeza de familia, los siguientes:
- 10% (base imponible hasta 12.400 dólares)
 - 15% (base imponible desde 12.400 hasta 47.350)
 - 25% (base imponible desde 47.350 hasta 122.300)
 - 28% (base imponible desde 122.300 hasta 198.050)
 - 33% (base imponible desde 198.050 hasta 388.350)
 - 35% (base imponible desde 388.350 en adelante).

La norma de Estados Unidos regula tres tipos de tramos en función del tipo de contribuyente. Los tipos no cambian, pero sí los tramos, en función de si es una persona soltera, un matrimonio en tributación conjunta, o bien un cabeza de familia. Sólo hemos recogido uno de los tramos en tanto lo que interesa es poner de manifiesto la estructura general.

En el año 2013 los tipos parece que se van a incrementar al expirar *The Tax Relief, Unemployment Insurance Reauthorization, and Job Creation Act of 2010 (Public Law 111-312)*, a no ser que se modifique la norma, teniendo en consideración que en el 2012 hay elecciones. El tramo del tipo del 10% desaparece y se une al del 15%. El 25% se aumenta hasta el 28%; el 28% pasa al 31%; el 33% pasa al 36%; y el 35% alcanza hasta el 39,6%.

deducirse la “*standard deduction*”, que es una deducción a tanto alzado que no necesita justificación ni gasto real o bien las “*itemized deduction*”, que son tipos de deducción tasados que se aplican de forma individual en función de los gastos que efectivamente justifiquen y por ciertos conceptos. Y entre estos últimos se encuentran las donaciones (junto a otros como pueden ser los intereses de las hipotecas). De esta manera, si elige acogerse a la deducción estándar, no podrá aplicar la reducción por mecenazgo(18). Si opta por el sistema de identificar las deducciones de forma concreta, sí. Y este dato es relevante porque en 2008, sólo el 34% de los contribuyentes presentaron declaración con “*itemized deduction*” (CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY, 2011, pág.1). Por tanto, sólo el 34% de los obligados tributarios se dedujeron por el mecenazgo realizado y el IRS sólo conoce las donaciones y el coste fiscal que soporta la Hacienda de aquellos que sí presentan declaración identificando las deducciones, pero no conoce el coste que para la Hacienda Pública hubiera supuesto en el caso de que las donaciones se hubieran deducido de forma individual.

El sistema de reducción en la base imponible incentiva más a aquellos que tienen tipos marginales elevados (equidad vertical), y éstos son los contribuyentes con una base imponible significativa, mientras desincentiva a aquellos con menos recursos. Precisamente esta cuestión ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina al no estar claro cuál es el beneficio social que se tutela concediendo un beneficio fiscal que aumenta con la renta del contribuyente (CORDES, 2011, pág. 1010). De hecho, se ha cuestionado si no sería preferible un sistema de deducción en la cuota (como en España) frente a un método de deducción en la base que se aplica a tipos marginales, ya que dicho sistema puede atentar contra alguno de los fundamentos de los incentivos fiscales al mecenazgo(19). Sin embargo, en Estados Unidos parece que el objetivo de la norma es incentivar las donaciones totales del modo más eficiente, y eso supone centrar

(18) Señala APRILL (2000-2001) que las razones que alumbran un sistema de *standard deductions* han sido de simplificación del sistema tributario, que se han considerado más importantes que reconocer incentivos para las donaciones de cantidades poco significativas.

(19) JENN (2007-2008, págs. 561, 562 y 588 y ss) parte de la base de que los incentivos fiscales por mecenazgo pueden entenderse como pagos públicos realizados por particulares, por lo que la reducción de tributos al donar a una ENL implica una especie de participación directa en decisiones de carácter político, donde los contribuyentes “votan” sobre cómo emplear los recursos públicos. Y dicha opción, citando al profesor LEVMORE, presenta ciertas ventajas como la de potenciar el pluralismo en el uso de los recursos gubernamentales. Sin embargo, esta perspectiva es criticada porque son los contribuyentes con mayores recursos quienes dispondrán de este derecho. Además, debido a cómo opera la deducción en la base con relación a tipos marginales, cada dólar aportado por un contribuyente con tipos marginales altos dispone de más recursos públicos que otro contribuyente con menores rentas. Es más, en el caso de que se puedan deducir porque se acojan al sistema de *standard deductions* no tienen ninguna capacidad de voto. Esta situación se podría solventar mediante un sistema de deducción en la cuota frente al de deducción en la base a tipos marginales.

la atención en los donantes de rentas altas que son quienes responden a los beneficios fiscales (SCHIZER, 2008-2009, pág. 234). Por tanto, frente a otros criterios, ha prevalecido la idea de que con la deducción se incentiva la respuesta de los que más donan (aquellos con rentas altas) buscándose la eficiencia de la medida sobre otras consideraciones de justicia(20).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En España, el mecenazgo opera en la cuota, de tal manera que el beneficio es igual para todos proporcionalmente, pero no tomando en consideración la imposición global de una operación, donde es necesario comparar la cuota con el tipo de gravamen. La deducción en la cuota de un 25% no tiene los mismo efectos si la persona se encuentra en tipos marginales del 15% o del 50%. Si una persona dona 100 con un tipo marginal del 15%, en su declaración imputará una cuota de 15 y tendrá una deducción de 25, lo que supone un beneficio neto de 10. Y si tributa al 50%, registrará una cuota de 50 y una deducción de 25, lo que supone una pérdida neta de 25. Por tanto, la deducción en la cuota beneficia a los contribuyentes de rentas bajas frente a los de rentas altas, pues el beneficio fiscal que obtienen es comparativamente mucho mayor.

En Estados Unidos, y para las rentas altas, la deducción efectiva es igual a su tipo marginal. Es decir, el incentivo fiscal al mecenazgo es ahorrar de forma íntegra al contribuyente lo que en otro caso tendría que haber pagado en impuestos. No se paga a la Hacienda Pública ninguna cantidad porque se dona.

En España, por el contrario, y para las rentas altas, que son las que más deberían donar al tener mayor disponibilidad económica (excedentes), el beneficio fiscal es menor en términos relativos para las rentas que se integran en la base general debido a que los tipos impositivos marginales son muy elevados. Teniendo en consideración tipos marginales superiores al 50% (en la Comunidad de Madrid serían del 51,9% para 2012) y una deducción del 25%, las personas físicas van a tributar efectivamente por la diferencia entre el tipo marginal y la deducción del 25%. Es decir, no se elimina de forma

(20) La discusión sobre la operatividad de un sistema de deducción en la cuota no es nuevo. TURNIER y KELLY (1984, págs. 1005 y ss) advierten que VICKERY sugirió ya en 1948 que la deducción en la base debería ser sustituida por una deducción en la cuota del 25 por 100, de tal manera que todos los contribuyentes, con independencia de cuál fuera su tipo impositivo, estuvieran incentivados. Se trataba de aprobar una medida fiscal que fuera más justa y equitativa. Sin embargo, en el informe del PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM (2005, pág. 75) se recomienda que los beneficios fiscales se estructuren como una deducción en la base para incentivar a las rentas altas, que son la fuente fundamental de las donaciones. JENN (2007-2008, pág. 576) advierte que el PRESIDENT'S ADVISORY PANEL no explica si los contribuyentes con rentas altas exigen más incentivos para donar o si las aportaciones de los donantes con rentas altas son más valiosas en tanto generan mayores beneficios sociales. ACKERMAN y AUTEN (2011, pág. 652) entienden que la deducción en la base se prefiere debido a la gran sensibilidad que tienen a los incentivos fiscales los contribuyentes de rentas elevadas y sujetos a los tipos marginales más altos. También HALPERIN (2002-2003, pág.8) señala que concentrando los beneficios en los ricos, la deducción de forma más eficiente maximiza la ratio entre aumentar las donaciones con las pérdidas de recaudación.

integra la tributación a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos. Esta construcción supone un perjuicio real para el mecenazgo.

En el anverso de la moneda, sería posible entender que la deducción en la cuota beneficia a las rentas bajas al no sólo liberarlas de los impuestos a pagar sino que se obtiene una transferencia adicional de fondos. Pero lo cierto es que el actual sistema de tipos en España para la base general (con un mínimo cercano actualmente al 25% -en la Comunidad de Madrid es del 24,35- en el tramo inferior de la base liquidable) unido a la aplicación del límite de un 10 por 100 sobre la base supone, de facto, que para los contribuyentes con niveles de renta bajas, el efecto real sea prácticamente la eliminación de la tributación de las cantidades que aporten en concepto de mecenazgo. Es decir, lo que sucede en Estados Unidos.

En el caso de la base imponible especial el análisis es otro. Debido a la estructura de tipos con una progresividad mínima (hasta 6.000 el tipo es del 21, pero a partir de esa cantidad ya es del 25 y del 27 para 2012) el efecto real es que el mecenazgo elimina la imposición de las rentas para todos los contribuyentes hasta el 10%.

En cualquier caso, merece la pena sopesar el análisis que hacen en Estados Unidos, donde la justicia cede ante razones de eficiencia. Lo importante es beneficiar a los "ricos", que son los que más aportan al mecenazgo, de tal manera que al final se consigue el objetivo de obtener más medios para las ENL. En España la aproximación tiende a la justicia e igualdad como valores constitucionales y se instaura una deducción en la cuota que opera para todos. Eso implica perjudicar a los de rentas altas y, en la actualidad, eliminar de tributación a las rentas bajas. La cuestión es determinar en qué medida podrían ceder esos principios en aras de obtener más financiación para las ENL y, por tanto, beneficiar a los destinatarios de sus actividades.

A mi juicio, un incentivo real al mecenazgo debe tener un mínimo (por ejemplo el 25%, para beneficiar a las rentas bajas) y, a la vez evitar de tributación efectiva por las donaciones realizadas para los contribuyentes de rentas altas. Es decir, si dono 100 y el tipo de gravamen marginal es 52 y un tipo medio de gravamen del 40, el tipo de deducción debe ser como mínimo el 40% (tipo medio) y debería llegar hasta el marginal. De esta manera, se evita la tributación efectiva que se produciría por la diferencia entre el tipo de gravamen y la deducción en la cuota. Y para aquellos con un tipo medio inferior al 25%, la deducción se mantendría en el 25%, incentivando más sus aportaciones, al ser quienes menos renta disponible tienen.

Esta idea entronca con la reforma que se propuso en 2011 por el Partido Popular para aumentar hasta el 70 por 100 la deducción en renta (Proposición de Ley presentada por el Partido Popular en el Congreso en 2011 -propuesta 122/000264-). En el caso de un contribuyente con un tipo marginal del 45% que dona 100 unidades, el efecto final sería el siguiente: debería haber tributado por 45 unidades pero en cambio se deduce por 70. Su pérdida real es igual a 30 unidades. Pero en términos fiscales el análisis es otro. Una menor tributación de 70 unidades de una persona que tiene un tipo marginal de 45% supone, realmente, dejar sin tributar una renta efectiva de 155,55 unidades en base (155,55 es resultado de dividir 70 entre 0,45). A mi parecer, incrementar la deducción fiscal sobre la tributación efectiva es sostenible si lo que se pretende es elevar de manera significativa el mecenazgo.

2.1.1 Personas jurídicas

En el caso de las personas jurídicas el sistema del mecenazgo se ha diseñado también como una deducción en la base imponible. No se considera como gasto correlacionado con los ingresos (sección 162) sino como un gasto calificado como donación (sección 170), aunque, como veremos, es ésta una cuestión sometida a debate debido a los actuales cánones de la Responsabilidad Social Corporativa. El IS de Estados Unidos es de carácter progresivo, hasta un tipo del 35 por 100. Con relación a los tipos, las rentas superiores a 75.000 dólares ya tributan al tipo del 34%, por lo que, a efectos reales de las donaciones, el tipo de gravamen se podría decir que es proporcional a partir de dichas cantidades(21). Por tanto, teniendo en consideración que las compañías sólo se pueden deducir hasta el 10% de la base imponible, se podría afirmar que la deducción en el IS es proporcional al tipo del 34-35% por 100.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En España, y a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, el régimen de deducción del mecenazgo es más beneficioso que en Estados Unidos con relación al porcentaje de deducción. En términos económicos una donación da derecho en España a una deducción del 35%, pero la salida económica no se considera gasto deducible al tipo del 30% (o menos para las entidades de reducida dimensión). Eso supone que si una persona jurídica tiene un beneficio de 100 unidades, el resultado final es que no sólo no se tributa por el mismo, sino que el efecto económico supone obtener una renta positiva adicional por la diferencia entre el tipo de gravamen y la deducción en la cuota (una diferencia del 5%).

Por tanto, si una entidad obtiene unas rentas de 100, la aplicación del tipo de gravamen del 30 por 100 haría que la sociedad sólo tuviera disponible 70 unidades después de impuestos. Ahora bien, si la persona jurídica tiene derecho a una deducción en la cuota del 35 por 100, realmente el beneficio dejado de gravar sería mayor. En concreto, el resultado de dividir 35 entre 0,30, lo que da lugar a 116,66 unidades. Es decir, en términos económicos estaría exenta de tributar la cantidad de 116,66 euros en base. Y si este análisis numérico lo llevamos a las deducciones del 60% propuestas por el Partido Popular en 2011 (Proposición de Ley presentada por el Partido Popular en el Congreso en 2011 -propuesta 122/000264-) el efecto sería mucho mayor. Una donación de 100 supondría un ahorro en impuestos de 60. Y el resultado de dividir 60 entre 0,3 es 200 unidades. Es decir, una deducción en cuota de 60 unidades supone una deducción en base de 200 que se han dejado de gravar por la Hacienda Pública.

2.1.2 Límites de la deducción

(21) Hasta 50.000 dólares se tributa al 15%. Los siguientes 25.000 (50.000 a 75.000) tributan al tipo del 25 por 100. Y a partir de 75.000 y hasta 10 millones de dólares lo hacen al 34%, mientras que a partir de dicha cuantía lo hacen al 35%.

El mecenazgo, como hemos dicho, permite una deducción en la base imponible de la persona física o de la persona jurídica. Pero la norma ha establecido un tope para gozar del beneficio. En las personas físicas existen varios límites en función del destinatario o del tipo de renta, aunque se puede decir que lo normal es que sea el 50% o el 30% de la base imponible, mientras que en el caso de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades ese límite se encuentra en el 10%. Bajo circunstancias excepcionales, como sucedió con el desastre provocado por el huracán KATRINA, la Ley permitió de forma transitoria incrementar esos límites hasta el 100% de la base imponible(22).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. La posibilidad de elevar los límites del mecenazgo en el caso de circunstancias excepcionales son opciones de política legislativa que deberían estudiarse y recogerse como una posibilidad en la normativa.

Y no se trataría sólo de aumentar los porcentajes de deducción sino de permitir deducir la totalidad de lo donado. En caso de desastres naturales, la normativa reconoce procedimientos especiales, como el del Real Decreto 307/2005, de 18 de marzo, por el que se regulan las subvenciones en atención a determinadas necesidades derivadas de situaciones de emergencia o de naturaleza catastrófica, y se establece el procedimiento para su concesión. Y para situaciones concretas podemos hacer mención al Real Decreto-ley 6/2011, de 13 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011 en Lorca, Murcia. Se trataría de que en casos de emergencia o catástrofes el Gobierno pudiera aumentar los incentivos al mecenazgo mediante la supresión de los límites de las cantidades donadas y, en el caso de España, aumentar los tipos de deducción.

2.2 *Incidencia del sistema tributario sobre el mecenazgo*

Una de las cuestiones basilares en el sistema fiscal del mecenazgo en Estados Unidos es el efecto que los incentivos fiscales tienen sobre las donaciones. Estudios empíricos de sociólogos, economistas y de otras disciplinas demuestran que los contribuyentes responden al beneficio fiscal (*after-tax price of giving*). Es decir, se incrementan las donaciones si el incentivo fiscal aumenta y decrecen si éste disminuye (JOINT COMMITTEE ON TAXATION, 2011, pág. 1)(23). Un segundo análisis requiere distinguir entre los efectos de carácter temporal,

(22) THE KATRINA EMERGENCY TAX RELIEF ACT of 2005 (KETRA). Citada por CORDS (2007-2008, págs. 450-451).

(23) Sin embargo, si bien la renta y los beneficios fiscales son dos elementos a tomar en consideración, no son los únicos que afectan al mecenazgo, sino que factores como los valores morales, satisfacción personal, voluntariado, etc, inciden en las decisiones (CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY, 2011, pág. 2). Esto es especialmente significativo en las rentas bajas, donde algunos estudios sugieren que responden menos a los incentivos fiscales que las rentas altas (*vide*,

donde las donaciones se adelantan o bien se retrasan en función de la modificación legal esperada -como ocurrió durante el cambio impositivo de la Administración REAGAN-, de los efectos de carácter permanente (CONGRESS BUDGET OFFICE, 2011, pág. 8).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. El efecto temporal puede ser especialmente significativo en España si el sistema tributario se cambia para incentivar el mecenazgo y los límites de la deducción en la cuota se incrementan sustancialmente tal y como anunció el Partido Popular. El efecto anuncio de la publicación en las Cortes del Proyecto de Ley puede llevar a que las donaciones se limiten de forma drástica esperando a que la nueva norma entre en vigor. Esa situación puede ser doblemente perniciosa, porque si la tramitación de la norma es larga, no sólo se pueden paralizar las grandes donaciones durante un tiempo sino que incluso esas donaciones no se realicen posteriormente, ya que al acumularse con las programadas para el futuro el importe sea tal que desincentive al donatario.

El anterior análisis tiene como anverso el coste fiscal para el Estado; la merma de recaudación que supone para las arcas públicas incentivar las donaciones. Un aumento de los incentivos elevará las donaciones pero llevará normalmente aparejado una disminución de los recursos para la Hacienda Pública y, por el contrario, la reducción de los mismos supondrá una disminución de las donaciones y un incremento de recaudación. Si se aumenta el incentivo fiscal será necesario estimar cuál va a ser el coste para la Hacienda Pública. Si se produce una rebaja en los beneficios, habrá que examinar cómo disminuyen las donaciones. Pero el análisis económico del cambio legal requiere analizar en qué medida se ven afectados el volumen de las donaciones y el coste tributario. Aparecen así términos como elasticidad, donde lo que se estudia es la relación entre aumento de las donaciones/coste de la Hacienda(24). Se habla de elasticidad 1 cuando por cada unidad dejada de ingresar en el Tesoro como consecuencia del beneficio fiscal, se puede obtener otra unidad igual o mayor de gasto privado en donaciones de bienes y servicios. Bajo dicho presupuesto, el aumento de incentivos fiscales puede estar justificado. El problema se plantea cuando la elasticidad es menor de 1 lo que supone que por cada unidad dejada de ingresar por la Hacienda Pública se obtiene una donación privada menor a dicha cantidad (CORDES, 2011, pág. 1003). De esta manera, los cambios normativos se miran desde el punto de vista de la eficiencia económica (costes fiscales *versus* variaciones en las donaciones)(25).

por todos, APRILL, 2000-2001, págs. 857 y ss).

(24) Puede verse, por todos, APRILL (2000-2001, págs. 856 y ss).

(25) En este sentido, si, por ejemplo, el descenso en los incentivos fiscales al mecenazgo supone que el aumento de la recaudación sea mayor de lo que conlleva el descenso de donaciones, sería posible dar más recursos al tercer sector reduciendo los incentivos y entregando el exceso de recaudación mediante subvenciones o ayudas. Se entiende que la deducción fiscal sería ineficiente para la

En este sentido, podemos traer a colación el ejemplo expuesto por HALPERIN (2002-2003, pág. 5), donde parte de la base de asistencia a una sala de cine de una persona, bajo el supuesto de que la entrada cuesta 10 dólares. Si la demanda es inelástica, la reducción del precio a 5 dólares hará que siga acudiendo una vez al cine y haya ahorrado dinero. Pero podría ir tres veces al cines cada dos semanas, pudiendo ver más películas a menor coste (7,50 dólares a la semana). También podría ir dos veces a la semana, manteniendo su gasto constante de 10 dólares. Por último, al ser tan barato, podría ir tres veces al cine por semana por 15 dólares. Este ejemplo lo extrapola al caso del mecenazgo, determinando cuál podría ser el efecto del incremento de los incentivos fiscales en el mecenazgo. Parte de un supuesto donde una persona dona 100 dólares a una ENL sin que haya incentivo fiscal. Y a partir del mismo examina qué efecto fiscal tendría una deducción de 40 por 100, haciendo referencia a cuatro escenarios:

(i) El contribuyente sigue manteniendo su donación de 100 dólares. En este caso, tendría un ahorro de 40 dólares, que sería soportado por la Hacienda Pública. El incentivo fiscal habría fracasado, pues el Estado pierde 40 y la ENL sigue recibiendo lo mismo.

(ii) El contribuyente aumenta su donación, pero menos que el ahorro fiscal. Así, si el donante incrementara su donación hasta 150 dólares, habría una disminución de recaudación de 60, lo que hace que la pérdida efectiva del contribuyente sea de 90 dólares y el ahorro frente a la situación inicial sea de 10.

(iii) El contribuyente aumenta su donación exactamente en el ahorro que tendrá, de tal manera que su pérdida real para su consumo o inversión seguirá siendo de 100 dólares. La cantidad que tendría que donar sería de 166,67 dólares, siendo el ahorro tributario de 66,67 y la cantidad finalmente aportada de 100.

(iv) El contribuyente incrementa su donación en mayor medida que el ahorro fiscal. Esto supone que al ser tan “barato” donar, aporta más de lo inicialmente pensado y dispone de menos recursos para su consumo o inversión. Sería el caso de que donara 200 dólares, donde la deducción sería de 80 y la pérdida efectiva de 120. En este caso, su consumo privado se reduce en 20 unidades.

La opción (iv) representa la máxima eficiencia de los incentivos fiscales al mecenazgo, en

Hacienda Pública (CORDES, 2011, pág. 2012). En caso contrario, sería eficiente. El problema de esta tesis, como ha señalado HALPERIN (2002-2003, págs. 7 y 8) es que resulta posible que el Gobierno no incremente esos fondos para el tercer sector. Y, si lo hace, es posible que los donantes respondan a ese incremento reduciendo sus aportaciones.

tanto, el aumento de los beneficios fiscales aumenta el importe de las donaciones con relación a la pérdida de recursos del Estado. En el ejemplo (iv) el Estado pierde 80 pero ha logrado que la donación aumente en 120 y la ENL tenga 200 unidades para su finalidad. La cuestión es qué decisión política tomar cuando un incremento de los incentivos al mecenazgo suponga una pérdida de recursos públicos superior al aumento de las donaciones, como ocurre en los supuestos (i) y (ii)(26).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Como veremos posteriormente, en Estados Unidos hay análisis y estudios económicos sobre qué efectos pueden tener en la recaudación una modificación de los incentivos fiscales, aunque se han realizado en sentido inverso al que se parece se va a seguir en España. Se estudia como afectaría en las cantidades donadas una reducción de los incentivos fiscales de las personas físicas.

En España, por lo que sabemos, no hay nada comparable. El Gobierno ha avanzado que hará una reforma de la Ley del Mecenazgo sin que parezca que haya datos sobre cuál puede ser el incremento de las donaciones. Sería importante saber cuál es el objetivo buscado con la reforma y que hubiera estudios sobre lo que implicaría en coste recaudatorio aumentar las deducciones fiscales con relación al aumento de las donaciones esperadas.

Imaginemos que las deducciones se incrementan hasta el 60% en la cuota. Si el objeto de la reforma es que las donaciones se incrementen de manera al menos proporcional -elasticidad 1- las donaciones tendrían que aumentar de forma muy significativa. Así, en la actualidad, una donación de 100 da lugar a una deducción de 25, lo que supone una pérdida neta de 75. Lo esperado desde el punto de vista de la eficiencia es que la pérdida neta del contribuyente siga siendo de 75 o mayor. Si es la misma, tendría que donar una cantidad que divida por 0,4 diera lugar a 75, y esa cantidad sería 187,7 (el 60% sería 112,6 y la resta de ambas cantidades daría lugar a 75). Es decir, para que sea eficiente el aumento del mecenazgo hasta el 60% de la cuota, el donante debería aumentar su donación hasta en 87,7 unidades extras.

El anterior análisis, que es el que se hace económicamente en Estados Unidos. Se hace bajo un objetivo determinado, como es el aumento de las donaciones, pero obvia un elemento esencial en España y es el efecto de la crisis. La profunda depresión económica que sufre nuestro país ha supuesto una disminución de riqueza, una subida de impuestos, un decremento de las subvenciones y las prestaciones públicas. Desde esa perspectiva, es necesario determinar cuál es el objeto de la reforma, porque puede ser que no sea aumentar las donaciones de una manera proporcional, sino que no disminuyan las existentes, y eso se haría mediante un aumento de los beneficios fiscales(27).

(26) Señala HALPERIN (2002-2003, pág. 6) que la opinión preponderante en la actualidad parece postularse a favor de que un incremento de los beneficios fiscales haría que la pérdida de recursos fiscales excedería las donaciones realizadas, posiblemente en una cantidad sustancial.

(27) El mecenazgo adquiere una especial importancia en épocas de crisis, en tanto la depresión económica supone para un país que los servicios que proveen las ENL aumenten su demanda por

2.3 *Justificación de una normativa fiscal sobre del mecenazgo en Estados Unidos*

Desde un punto de vista de económico, el mecenazgo es una transferencia de fondos indirecta de la Administración pública a una ENL elegida por el donante. Es, por decirlo en otros términos, una subvención indirecta(28). Por su parte, la ENL debe destinar los fondos recibidos a proveer bienes y servicios que sean necesarios para el bien público. Fiscalmente, el incentivo fiscal supone una menor recaudación de tributos y un mayor gasto público. Ese gasto es un subsidio público a la ENL excluido de los controles públicos. De esta manera, si una persona física dona 100 unidades a una ENL, con un tipo marginal del 35 por 100 en su base, la situación final sería la siguiente:

- (i) El contribuyente ha ganado 100 unidades y debería haber pagado 35 unidades a la Hacienda Pública.
- (ii) Como consecuencia de la donación, el contribuyente no paga las 35 unidades, por lo que el precio real de la donación después de impuestos es de 65 unidades. Es decir, el contribuyente pierde “neto” 65 unidades, en tanto el mecenazgo implica que el donante renuncia a su consumo o inversión en favor del consumo de los terceros beneficiarios(29).
- (iii) La ENL elegida por el donante recibe 100 unidades, de las cuales 65 vienen del donante y 35 es una subvención indirecta de la Hacienda Pública.
- (iv) La ENL hará uso del dinero destinado a fines de interés general.

Este es el armazón que sustenta el mecenazgo. Y, en general, había un amplio consenso en afirmar que el régimen fiscal del mecenazgo suponía un medio razonable para financiar

los beneficiarios. Sin embargo, las políticas económicas tienden en muchos casos a eliminar o recortar subvenciones. De la misma manera, los particulares y los mecenas que ven recortadas sus capacidades económicas, uno de los *gastos* de los van a prescindir será, precisamente, su mecenazgo. Se produce la paradoja de que las ENL deben incrementar sus servicios para cumplir sus fines a la vez que deben enfrentarse ante el decremento de fondos públicos y privados.

(28) El Tribunal Supremo Americano señaló en la Sentencia *Regan V. Taxation with Representation* (461 US 540, 544, 1983) que las deducciones por mecenazgo eran similares a las subvenciones en una cantidad correspondiente a una parte de la contribución del donante. Y en la sentencia *Bob Jones University v. United States* (461 U.S. 574, 1983) afirmó que las deducciones por mecenazgo implican que el resto de contribuyentes no donantes sean “*donantes indirectos y vicarios*”. Con relación a la consideración del mecenazgo como un “*indirect governmental subsidy*” *vide*, por todos, BENSALOM (2009, págs. 1048 y ss).

(29) Esto pone de manifiesto la necesidad de examinar el tratamiento tributario de los beneficiarios, de tal manera que si éstos tuvieran los mismo tipos y tributaran por los servicios o bienes que les dé la ENL el beneficio del mecenazgo se vería compensando (HALPERIN, 2011, pág. 290).

actividades destinadas a intereses públicos (CORDES, 2011, pág. 1002)(30). Pese a dicho consenso, la doctrina sostiene que en la actualidad se carece de una teoría satisfactoria que permita justificar los actuales beneficios fiscales a las ENL y al mecenazgo (ZOLT, 2011-2012, pág. 364).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. El mecenazgo es en términos económicos una subvención indirecta. En el programa electoral del Partido Popular para las elecciones celebradas en 2011 se afirmaba que *“Impulsaremos decididamente el mecenazgo como soporte activo de los emprendedores culturales y de la innovación creativa, restituyendo a la sociedad su protagonismo y sustituyendo la trasnochada estrategia de la subvención. Facilitaremos un entorno legal que mejore la protección de nuestro patrimonio cultural...”*. Es importante reseñar que impulsar el mecenazgo, si se entiende como una subida de porcentajes y de límites, implica aumentar las subvenciones indirectas del gobierno mediante elecciones dirigidas por los particulares. Aunque a diferencia de las subvenciones directas, se vincula a la existencia de financiación directa de contribuyentes mediante sus aportaciones.

Si la idea es cambiar subvención directa por subvención indirecta, esta solución tiene otros efectos derivados, como veremos posteriormente, ya que afecta al sistema democrático en su conjunto, pues se deja en manos de unos pocos (los donantes) a quienes se destinan los fondos y se delega una función pública sobre el manejo de fondos en una ENL .

En Estados Unidos existe un amplio acervo doctrinal sobre las razones y fundamentos que justifican el mecenazgo. Y especialmente en los últimos años los estudios se alejan de cuestiones de técnica jurídica y lo que se está poniendo en cuestión son los propios fundamentos del sistema.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En España la mayoría de estudios se focalizan en cuestiones de carácter jurídico. Nos centramos (y también me incluyo personalmente en la medida en que he trabajado doctrinalmente la fiscalidad de las ENL) en desarrollos y análisis jurídicos, pero carecemos de trabajos que vayan a los cimientos de la tributación del mecenazgo. Y esos fundamentos resultan esenciales a la hora de afrontar una reforma del mecenazgo, porque son el armazón para determinar qué medidas de carácter jurídico se quieren abordar. Un primer paso es determinar cuál es el objetivo que los legisladores buscan, en tanto es necesario que los efectos esperados de la reforma coincidan con la finalidad diseñada. Esto es al margen de otras cuestiones de carácter

(30) Las justificaciones del mecenazgo se extienden también a la fiscalidad de la propia ENL, de tal manera que no sólo se libera fiscalmente al donante, sino que la renta no tributa en la propia ENL. Es decir, económicamente lo que nos encontramos es que la ENL está invirtiendo cantidades que no han tributado en el donante, por lo que el beneficio final es mayor, al estar además esas rentas exentas (HALPERIN, 2011, pág. 287-288).

técnico que en cualquier caso se deberían afrontar(31).

2.3.1 Razones personales del mecenazgo

El mecenazgo no se explica por el marco fiscal. El tratamiento tributario incide en las cantidades que se pueden donar, pero no explica la razón por la que se dona. Así, cuando el mecenazgo se justifica atendiendo a la figura del mecenas persona física -en el caso de personas jurídicas la discusión se plantea con base en otros parámetros- el fundamento del mismo se ha justificado de dos formas(32).

(i) Se dona por motivos puramente personales. Es la teoría del “*warm glow*” (cálido resplandor). Bajo esta razón, los donantes se sienten bien al donar y la razón de su donación radica en los beneficios morales y personales que ellos obtienen(33). Se considera, por tanto, que la donación es asimilable a un gasto personal y se cuestiona que en dichos casos deba existir un incentivo fiscal al mecenazgo. Además, cuando se dona por motivos personales, se ha señalado que en el caso de que el sector público cubriera las necesidades que son financiadas por el mecenazgo no habría una disminución de las donaciones privadas (que ya no serían necesarias al estar cubiertas por la Administración) al ser los motivos de la donación personales.

(ii) Se dona por altruismo. En este caso es la ENL quien se enriquece y el donante no obtiene ningún beneficio personal. Se dona a ENL para que éstas provean de bienes y servicios a ciertos colectivos. En este caso, sí se encuentra justificación para el mecenazgo, en tanto ese gasto no constituye un consumo de carácter personal. Por otro lado, cuando el sector público cubre las necesidades que son afrontadas por el mecenazgo, el donante disminuirá sus aportaciones al no ser necesarias.

Las justificaciones personales del mecenazgo son ajenas al sistema fiscal del mecenazgo. El régimen tributario se fundamenta en que el destinatario sea una ENL residente, en este caso,

(31) Con relación a las cuestiones técnicas a reformar nos remitimos al manual que he publicado con el profesor MARTÍN DÉGANO en el *Centro de Estudios Financieros* donde se analiza la totalidad de la Ley 49/2002 y se ponen de manifiesto los diversos problemas técnicos que a nuestro juicio existen (BLÁZQUEZ LIDOY y MARTÍN DÉGANO, 2012a).

(32) Puede verse, por todos, JOINT COMMITTEE ON TAXATION (2011, pág. 32 y ss). En el caso de las personas jurídicas, como veremos posteriormente, el análisis previo del que se ha partido es si una entidad tiene o no derecho a donar.

(33) Las razones pueden ser por necesidad de aprobación, por presiones del entorno, por pertenecer a ciertos grupos, por beneficios individuales, etc.

en Estados Unidos(34).

2.3.2 Justificación de los incentivos fiscales al mecenazgo

Las teorías y tesis que fundamentan la existencia de beneficios fiscales al mecenazgo son varias, y se centran fundamentalmente, aunque no solamente, en la actividad que realiza la ENL que merece ser financiada mediante contribuciones de la Administración a través del mecenazgo(35). Las principales justificaciones son las siguientes(36):

(i) Las ENL ofrecen un mecanismo para aquellos bienes y servicios que no son proveídos por el mercado y alternativos al sector público. Se trata de bienes y servicios que las Administraciones no son capaces de proveer o donde hay preferencias heterogéneas (como colegios).

(ii) Desde el punto de vista económico, muchas de las actividades que realizan las ENL son actividades que en otras circunstancias deberían proveer las propias Administraciones. Es incluso posible que las Administraciones prefieran que sean terceras entidades las que lo hagan y no ellas. En estos casos es necesario evitar que estas ENL carezcan de fondos suficientes y mediante los incentivos fiscales al mecenazgo se les provee. Además, al ubicar recursos públicos en estas entidades, se está imponiendo un impuesto indirecto en el resto de personas que no donan y que en otro caso disfrutarían de los servicios ofrecidos por las ENL

(34) Cuando una persona física da dinero a un indigente, está haciendo mecenazgo. Se empobrece, ayuda a un tercero, no tiene un consumo personal, pero, además, puede incluso estar asumiendo un gasto que tendría que asumir la Administración y genera externalidades positivas, en tanto evita que el indigente tenga que recurrir a otros medios muchos más perniciosos para la sociedad, como robar, para subsistir. Sin embargo, los incentivos fiscales al mecenazgo no cubren esas prácticas, sino sólo aquellas que son realizadas por una ENL. Por tanto, el sistema fiscal se fundamenta no en el donante, sino en la figura del donatario.

(35) Por ejemplo, dos miembros del *Office of Tax Analys* del *Department of the Treasury* afirman que la deducción por mecenazgo incrementa la eficiencia económica en tanto las ENL aumentan la producción de bienes o servicios públicos con externalidades positivas (como ocurre con la educación o el arte) pero partiendo de la base de que esos bienes y servicios no estarían suficientemente dotados en ausencia de la deducción (ACKERMAN y AUTEN 2011, pág. 652).

(36) Debido a que son muchos los autores que han tratado el tema, hemos agrupado en forma de lista las razones principales que se argumentan, sin distinguir a los autores que las sostienen. Pueden verse, por todos, HANSMANN (1980), GERGEN (1988, pags. 1397 y ss), LEVMORE (1998, págs. 387 y ss), FERRIS (1998, págs. 137 y ss), COLOMBO (2001, págs. 667 y ss), POZEN (2006, págs. 548 y ss) SCHIZER (2008-2009, págs. 221 y ss), BENSALOM (2009, pág. 1047 y ss), CORDES (2011, pags. 1014 a 1016), MCCORMACK (2011, págs. 857 y ss).

(*free rider*).

(iii) Un argumento recurrente es que las ENL se especializan en ciertos servicios y permiten una mayor efectividad y eficiencia que la que puede dar la propia Administración(37). Por otro lado, las ENL ofrecen flexibilidad, innovación y competitividad, parámetros que no pueden darse en la rígida estructura de las subvenciones.

(iv) Las ENL pueden superar los inconvenientes que se producen en el mercado cuando existe información asimétrica entre los proveedores y los consumidores en el caso de bienes y servicios cuyas cualidades son complejas de verificar. Cuando estamos ante un mercado imperfecto, los consumidores se encuentran en una situación de desventaja frente a los proveedores donde el elemento lucrativo de los empresarios puede hacer que se intente obtener ventaja. La carencia de ese ánimo de lucro subjetivo en las ENL hace que no tenga motivos para explotar esas ventajas y se muestren en el mercado de una manera más leal.

(v) Las ENL puede ser proveedoras de “*club goods*” (bienes públicos impuros o bienes sujetos a congestión), abasteciendo de éstos cuando los particulares son excluidos debido a que no contribuyen para su prestación(38).

(vi) Incluso en aquellos casos donde los destinatarios pueden ser no la sociedad en general sino ciertos colectivos, los efectos van mucho más allá del servicio a estos individuos particulares (externalidades positivas)(39).

(37) En el caso de España, podemos hacer mención a la labor que hace CRUZ ROJA, la ONCE o CARITAS. Y desde esa perspectiva, el mecenazgo no supone sino proveer de recursos a entidades que sustituyen tareas que deben realizarse por la Administración y que otras entidades hacen de manera más eficiente.

(38) Los “*club goods*” o bienes públicos impuros son similares a los bienes públicos en tanto el uso del bien por parte de una persona o entidad no disminuye la capacidad de otra, pero a diferencia de éstos en el caso de los bienes públicos impuros es posible excluir (en ausencia de acuerdos apropiados) a personas o entidades no autorizadas o a aquellas que no contribuyen a solventar el costo de la provisión del bien para que no puedan gozar de los beneficios de dicho bien. De esa forma es posible darle continuidad al suministro de un bien público impuro a través de mecanismos que distribuyen el costo de la provisión del bien entre todos los beneficiarios de su uso. Algunos ejemplos de bienes públicos impuros incluyen la televisión vía satélite, los servicios de noticias de suscripción en línea, las cooperativas agrícolas y las cooperativas de crédito

(39) Un ejemplo es el de las vacunas, donde si bien los beneficiados directos son los que las reciben, tienen un externalidad positiva en tanto van a prevenir que otros se contagien y evita los costes que en otro caso tendría para sociedad.

(vii) Las ENL no sólo tiene como función prestar servicios y entregar bienes, sino que también proveen una plataforma para que los particulares puedan defender políticas públicas.

(viii) Desde un punto de vista político, y al ser las deducciones fiscales una transferencia de fondos públicos indirecta a una ENL elegida por el contribuyente, supone permitir a los ciudadanos “votar” con su dinero y elegir sus preferencias para gastar el dinero público, lo que potencia el pluralismo en el uso de los recursos gubernamentales.

(ix) Los incentivos fiscales al mecenazgo favorecen a los contribuyentes con rentas altas frente a los de rentas bajas, ya que opera como una deducción en la base a tipos marginales. Pero incentivar más el mecenazgo de las rentas altas puede verse como una justicia redistributiva si se considera que las ENL reparten los fondos entre aquellos que lo necesitan.

2.3.3 Críticas a los incentivos fiscales al mecenazgo

Las razones que acabamos de exponer son las que justifican por qué la Hacienda Pública financia a las ENL mediante incentivos al donante. Sin embargo, los anteriores fundamentos están siendo objeto de revisión y crítica por parte de la doctrina.

(i) Con el sistema actual el donante elige quién es el destinatario de los fondos, lo que puede suponer un incentivo no equitativo o injusto. Es el donante quien en cada caso elige cuánto y a quién se va a transferir el dinero, pero teniendo en consideración que parcialmente está entregando fondos públicos(40). En el caso de donaciones en especie, esta cuestión se acentúa, porque el donante elige también el bien que da (a diferencia del dinero, donde la ENL elige donde gastarlo) de tal manera que puede incluso determinar el uso de la donación. La elección directa por parte de los contribuyentes se ha visto como una medida de participación directa en actividades de carácter político. Y se plantea si cuestiones de política pública (en cuanto están subvencionadas indirectamente a través de reducciones fiscales) pueden ser determinadas por empresas o particulares y no profesionales de la Administración(41). Es más,

(40) ZOLT (2010-2011, pág. 373) señala que cuando es la Administración la que, por ejemplo, quiere destinar fondos a museos, los museos pueden solicitar la ayuda en función de cuáles son los criterios de selección, mientras que cuando se trata de particulares el único criterio son sus preferencias. De la misma manera, BRUDNEY y FERRELL (2002, pág. 1208) advierten que cuando nos encontramos con subvenciones, el poder público tiene representantes que deciden o que establecen un procedimiento para fijar los criterios de selección. Pero cuando son los privados quienes deben elegir, los criterios de selección son distintos.

(41) SUGIN (2006-2007, págs. 158-159) ha señalado este problema especialmente en el caso de donaciones de medicinas por compañías médicas, ya que lo que se plantea es un problema de salud pública.

se cuestiona en qué medida los fondos sólo deberían ir destinados a aquellas actividades que tuvieran un mayor retorno social.

Una idea derivada de la anterior tiene que ver con el propio proceso democrático de toma de decisiones. Señala BENSALOM (2009, págs. 1067 y ss) que las deducciones por mecenazgo suponen incentivar una medida antidemocrática de asignación de recursos públicos, en tanto que en lugar de determinar el destino mediante un proceso de decisión mayoritaria, son los particulares quienes deciden a costa de los impuestos de la mayoría. Además, ese derecho se concede sólo a los contribuyentes que pueden practicar deducciones por mecenazgo y en distinta medida en función de sus rentas, lo que supone reconocer la existencia de dos tipos de ciudadanos (aquellos con recursos que pueden elegir y el resto), instaurando una plutocracia.

(ii) Se critica que en muchos casos las ENL no prestan servicios a la comunidad en general o a un amplio grupo de beneficiarios, sino que los destinatarios son ciertos colectivos específicos. Y cuando hay un coste fiscal atribuible a todos los contribuyentes el destino tiene que ser también general. En estos casos, se cuestiona que en tanto los beneficiarios no son generales las donaciones realizadas parecen más aportaciones para gastos privados y, por tanto, un régimen fiscal de beneficio no debería estar permitido. Es más, en muchos casos los destinatarios de grandes donaciones son élites de carácter educativo, cultural o sanitarias, donde las ENL sirven principalmente a las propias clases altas, de tal manera que si bien se generan externalidades positivas, lo cierto es que no existe mucha redistribución. Esto da lugar al problema de determinar cuándo una ENL presta servicios suficientemente públicos para ser merecedora del mecenazgo.

(iii) Otra de las cuestiones que se ponen en entredicho de los incentivos fiscales es, precisamente, la actividad desarrollada por la ENL destinataria de los fondos. No hay duda de que muchas ENL realizan actividades merecedoras del mecenazgo, donde prestan y desarrollan servicios públicos y en beneficio de la sociedad o valores tutelados y de una manera eficiente(42). Pero tampoco puede olvidarse que en muchos casos las ENL no cumplen dichos parámetros. En este sentido, se ha criticado la falta de control que por parte del IRS existe sobre las ENL, en tanto que basta con que la ENL cumpla con las normas que impiden las "*private inurement*"(43) (beneficio privado) y de las actividades políticas, y el IRS concederá la exención a cualquier entidad que tenga unos fines, entendidos en sentido amplio,

(42) Advierte POZEN (2006, págs. 554) que la deducción no se vincula a las cualidades de la ENL, tales como su eficiencia, necesidades, capacidad de redistribución, bienes públicos con los que opera, etc.

(43) Sobre este concepto, que no tiene una traducción directa al castellano, puede verse MONTERO SIMÓ (2009, pág. 32)

adecuados. Y la realidad es que parece que el IRS no realiza un control real de las actividades de las ENL(44). Como ejemplo se hace mención a las iglesias. Según el JOINT COMMITTEE ON TAXATION (2011, pág. 1) más de un tercio de las donaciones totales recibidas durante 2010 se destinaban a organizaciones religiosas. Pero, según algunos estudios, sólo el 12% de los fondos que reciben van destinados a actividades para los necesitados mientras que entre el 70 y 80% de los fondos se aplican a gastos operativos, donde los principales beneficiarios son los miembros de las congregaciones. Esto ha llevado a concluir que si bien es cierto que se generan beneficios para la sociedad, no está claro que justifique la deducibilidad fiscal de las contribuciones a organizaciones religiosas(45).

(iv) Una idea derivada de la anterior, de carácter temporal, tiene que ver con las donaciones destinadas al *endowment* y a las actividades actuales de la ENL(46). Se trata de la falta de correlación entre el ejercicio de la deducción por parte del mecenas y la realización de la actividad por parte de la ENL, en tanto fiscalmente se concede una deducción de forma inmediata cuando los beneficiarios últimos de las actividades de las ENL no han recibido los servicios. Lo que se cuestiona es la necesidad de que una deducción sea actual mientras que los pagos para los beneficiarios sean futuros, de tal manera que el beneficio social que se consigue no coinciden con el momento en el que el beneficio fiscal se realiza(47). En este sentido, se compara con la situación en que estaría el donante si fuera él quien mantuviera la inversión, y no la ENL, hasta el momento en que se fuera a consumir (HALPERIN, 2011, págs-

(44) Puede verse ZOLT (2010-2011, págs. 374, 375 y 385). El IRS recibe más de 50.000 solicitudes al año para el reconocimiento de ENL y concedió, durante el 2008, el 98 por 100.

(45) APRILL (2000-2001, págs. 864-867) enumera las principales razones que se han empleado para no favorecer un régimen fiscal para las donaciones religiosas. Así, se mantiene que el principal motivo para realizar las donaciones es personal, donde el donante obtiene réditos espirituales por pertenecer a una congregación. Por tanto, permitir la deducción por donaciones a iglesias implica beneficiar a los miembros de la congregación a expensas de los no miembros. Además, se cuestiona si dichas donaciones no financian servicios que en caso de no hacerlo deberían ser o no proveídos por parte de la Administración. Es decir, se cuestiona si una actividad que beneficia y es financiada por un grupo reducido de personas merece que sea financiada por la Administración mediante una deducción fiscal de sus miembros.

(46) Con el *endowment* las ENL tienen unos recursos permanentes que son los que permiten financiar de forma habitual su actividad. Es el caso, por ejemplo, de donar participaciones donde la ENL lo que hace es realizar sus actividades con los dividendos que éstas producen. En España sería el caso de las donaciones afectas a dotación fundacional, que no se pueden gastar en la actividad diaria.

(47) Y esto es más acentuado en las ENL dependientes de empresa, donde puede suceder que el dinero se mueva dentro del mismo órgano de poder y lo que se busca es una deducción inmediata para que la ENL lo gaste en el futuro (*moneyparking*) (SUGIN, 2006-2007, págs. 154-155).

304-305)(48).

(v) Se cuestiona igualmente la bondad de algunos de los argumentos que sustentan el mecenazgo como el hecho de una mayor eficiencia en la prestación de los servicios por parte de las ENL. BENSALOM (2009, pág. 1070 y ss) hace mención a la existencia de costes necesarios para poder acceder a las donaciones (*fundraising*), lo que puede distorsionar la propia actividad de la ENL(49), y al hecho de que las donaciones fluctúan y no son una fuente fija de ingresos, lo que impide realizar planes a largo plazo generando ineficiencias. Además, la falta de los controles públicos que sí existen en las subvenciones puede suponer que en la ENL se tomen decisiones poco transparentes, exista falta de profesionalidad, nepotismo y un gasto innecesario. Por otro lado, cierto tipo de gastos requieren una fuerte acción gubernamental centralizada, como sucede en el caso de desastres(50). Por último, es cierto que los donantes pueden conocer mejor cómo elegir ciertas necesidades públicas, especialmente de carácter local, pero tienen peor conocimiento de cómo proveer o priorizar en muchos otros bienes públicos que merecen ser financiados.

(vi) Otra cuestión que se plantea es hasta qué punto debe incentivarse el mecenazgo, ya que se ha llegado a señalar que un régimen fiscal muy beneficioso podría ocasionar un efecto perverso, pues podrían destinarse recursos a ciertas actividades más allá de lo deseable, de tal manera que los beneficios para la sociedad fueran menores que en el caso de que éstos se pudieran destinar a otras actividades (CONGRESS BUDGET OFFICE, 2011, pág. 5). Esto, por ejemplo, ha sucedido en el caso de ciertos desastres, donde las ENL se pueden enfrentar a la situación de haber recibido más recursos de los que pueden ser empleados para las víctimas(51). Pero, al margen de lo anterior, este efecto puede aparecer cuando donantes

(48) Esto supone que para el donante pueda ser más beneficioso donar para el *endowment* y no para gastos reales de la ENL. Por otro lado, esto plantea otro problema adicional como es el régimen de la ENL en el IS, de tal manera que se cuestiona si la exención del IS con relación a la donación recibida está justificada cuando el importe de la misma se conserva y no se emplea para gastos actuales.

(49) POZEN (2006, págs. 557 y 558) señala que las ENL gastan una gran cantidad de recursos en *fundarising* y administración.

(50) POZEN (2006, pág. 554) entiende que el subsidio que supone los incentivos al mecenazgo están descentralizados y descoordinados.

(51) CORDS (2007-2008, pág. 460 y 461) hace mención a que tras los atentados del 11 de Septiembre en Nueva York las donaciones para hacer frente al desastre fueron de tal magnitud que hubo un excedente de fondos. Cuando esto ocurre, puede suceder que haya un decremento de donaciones para otras causas que lo necesitan. Además, se plantean problemas en tanto los donantes donan su dinero para una determinada actividad, y cuando el dinero excede de las necesidades, existe una

particulares deciden donar para construir, por ejemplo, “un museo sobre la historia del Ketchup” de tal manera que se invierte fondos en proyectos no prioritarios en lugar de otros que sí lo son (SCHIZER, 2008-2009, págs. 229-230).

(vii) De la misma manera, se cuestiona la necesidad de fomentar ciertas actividades de las ENL cuando no se plantean problemas de financiación. En este sentido, cuando las ENL proveen beneficios directos a donantes cualificados y a la vez sirven para dar bienes y servicios a otros beneficiarios con quienes los donantes tienen relaciones sustanciales (como ocurre con las iglesias o colegios) los problemas de financiación insuficiente de la ENL pueden ser mínimos y los incentivos fiscales al mecenazgo innecesarios(52).

(viii) Existen otros medios alternativos a los incentivos fiscales al mecenazgo. Es el caso de las llamadas “*matching grants*”, donde se puede sustituir la deducción por mecenazgo por una ayuda directa de la Administración. En los *matching grants* la Administración aportará fondos a la ENL de la misma manera que lo hace el contribuyente. Es decir, si un contribuyente aporta 100 unidades a una ENL, en lugar de que haya una deducción de, por ejemplo, 30 unidades, el contribuyente no tiene ninguna deducción. Sin embargo, aportando 70 unidades la Administración se obliga a pagar 30 unidades a la ENL. De esta manera, el contribuyente dirige las aportaciones públicas a la ENL que él elige y que, a su vez, tendría dos aportaciones distintas(53). De la misma manera, el mecenazgo lo que hace es reducir el precio de ciertos bienes y servicios, aunque la manera de hacerlo puede ser a través de otros medios, como las subvenciones o mediante beneficios fiscales para los adquirentes de esos bienes o derechos o, incluso, a los que venden a las ENL (HALPERIN, 2011, pág. 289).

En definitiva, lo que se está planteando por parte de la doctrina, que no del legislador, es la propia justificación del mecenazgo. Los cimientos dogmáticos que la sostienen están siendo sometidos a revisión. Y no es un problema de cantidades o límites, sino de concepto, donde el armazón se está cuestionado, afirmándose que no existe una justificación real para los incentivos fiscales al mecenazgo (POZEN, 2006, pág. 547). Sin embargo, parece que se trata de una discusión más doctrinal que real, pues lo cierto es que el mecenazgo en Estados Unidos sigue teniendo el mismo reconocimiento desde hace casi 100 años y no parece que

imposibilidad real de cumplir con el mandato del donante.

(52) *Vide* MCCORMACK (2011, págs. 910 y ss) quien señala que en otros tipos de actividades, por el contrario, sí puede haber problemas de financiación insuficiente donde los incentivos fiscales se muestran efectivos, como serán aquellas actividades donde los servicios que se den a los beneficiarios no tengan ninguna o poca relación con los donantes.

(53) Puede verse HALPERIN (2002-2003, pág. 4) citando a MCDANIEL.

vaya a ser sometido a una revisión profunda(54). Entre otras razones, debido a la relevancia del sector no lucrativo en Estados Unidos(55).

2.4 *La reforma del mecenazgo para las personas físicas en Estados Unidos (la reforma OBAMA)*

Al igual que sucede en España, en Estados Unidos el mecenazgo también está siendo objeto de una posible reforma legislativa. Pero a diferencia de lo que sucede en nuestro país, lo que se pretende es reducir los incentivos como una medida más para rebajar el déficit. La reforma, de carácter meramente cuantitativo en tanto no se somete a revisión ningún criterio sustantivo, consta de dos partes. Por un lado, y para 2013, se anularía la norma vigente que permite la aplicación de unos tipos impositivos más benévolos. Por otro, y ya relacionado con las deducciones por donaciones, se impondría un tope máximo de reducción pero sólo para las rentas más altas.

Por tanto, la primera medida es de carácter general, y sólo afectaría al régimen del mecenazgo en tanto una subida de impuestos implicaría una reducción de la renta disponible que hay para donar (CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY, 2011, pág.1).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Este análisis es especialmente relevante en el caso español. Las medidas contra el déficit han supuesto un aumento directo de la carga tributaria, principalmente el IRPF y el IVA, pero donde otros tributos también se han encarecido. A ese aumento directo, podría añadirse el indirecto del recorte de prestaciones. Por tanto, en España, la subida de la presión fiscal ha supuesto de manera efectiva una reducción de las cantidades disponibles para donar por parte de los contribuyentes. Es decir, el mecenazgo ha sido ya perjudicado de manera indirecta, por lo que las ENL van a disponer de menos recursos.

Partiendo de la anterior base, incrementar las deducciones al mecenazgo *compensaría* la reducción del mecenazgo operada por el aumento de la presión fiscal.

(54) Afirma FAULHABER (2012, pág. 1310) que las deducciones por mecenazgo existen desde los comienzos de la historia del IRC y sus parámetros generales se han mantenido relativamente constantes, por lo que es poco probable que la deducción desaparezca en el futuro. Más bien, la mayoría de las proposiciones que se han planteado van en la dirección de aumentar su alcance.

(55) En Estados Unidos el proceso de aprobación de las normas tiene una dinámica de difícil comprensión desde los cánones continentales, especialmente debido a la figura del "lobby". Y el sector no lucrativo dentro de las ENL es poderoso y capaz de imponer sus posiciones frente a las del IRS. Pueden verse a estos efectos los problemas que existieron con relación a la sección 513(i) y los patrocinios (*qualified sponsorship payments*) (STONE, 2007, págs. 213 y ss). Desde ese punto de vista, lo único cierto es que el mecenazgo en Estados Unidos sigue teniendo los mismos fundamentos desde hace casi 100 años y parece complicado que estos cambien.

La segunda de las medidas afecta en exclusiva a las “*itemized deductions*”, entre las que se encuentra el incentivo fiscal al mecenazgo. Las cantidades aportadas al mecenazgo seguirán siendo deducibles en la base imponible, pero con el límite del 28%(56). Es decir, si un contribuyente está en el tipo marginal del 35, sólo podría deducirse el 28%. Esta medida afectaría a los contribuyentes con tipos marginales superiores al 28%. El análisis no fiscal de esta medida se cuestiona, precisamente, con relación al efecto desincentivador que la misma podría tener sobre el mecenazgo.

El CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY (2011, pág. 5) ha realizado una simulación económica de cómo afectaría esta reforma a las donaciones, y ha llegado a los siguientes resultados: (i) Sólo el aumento de tipos de gravamen, al margen de la aplicación del límite del 28 por 100, supondría que las donaciones se redujeran en 2013 en 1.690 millones de dólares (un 0,9% sobre el año base). (ii) Sólo la aplicación del límite del 28%, al margen del aumento de tipos, supondría en 2013 una reducción de 1.310 millones (un 0,7% sobre el año base). (iii) Y si ambas medidas se aplicaran de forma conjunta, implicaría un descenso de 2.430 millones en el año 2013 (1,3%).

2.5 *Las propuestas de la Oficina Presupuestaria del Congreso*

También centrada en las personas físicas, la Oficina Presupuestaria del Congreso de los Estados Unidos presentó en mayo de 2011 un documento donde barajaba hasta 11 modelos distintos para el cambio del régimen fiscal del mecenazgo y los efectos que tendría sobre las cantidades donadas y sobre la recaudación fiscal(57). Básicamente, el modelo se podía agrupar en 4 diferentes tipos (CONGRESS BUDGET OFFICE, 2011, pág. 9):

- (i) Seguir con el sistema actual de deducciones pero estableciendo un mínimo a partir del cuál opere la deducción.
- (ii) Permitir a *todos* los contribuyentes, y no sólo a los que pueden en la actualidad deducirse como “*itemized deduction*”, la deducción por mecenazgo, exista o no un límite mínimo.
- (iii) Sustituir el sistema de deducción en la base por una deducción en la cuota del 25%,

(56) El efecto final de las dos medidas supone para los contribuyentes con recursos económicos de 1.000 unidades tributaria al tipo del 39,6% (3.960) y se podría deducir el 28% (2.800). Es decir, tiene una pérdida de un beneficio fiscal por la diferencia entre 3.960 y 2.800.

(57) Hacemos mención en este trabajo al documento realizado por la Oficina Presupuestaria, pero las propuestas han sido varias en los últimos tiempos. Puede verse, por todos, CORDES (2011, pág. 1003).

con o sin límite mínimo a partir del cual opera la deducción en cuota.

(iv) El mismo sistema que el anterior, pero donde la deducción en la cuota sería del 15 por 100.

El suelo o el límite mínimo que se baraja es un mínimo de 500 dólares en tributación individual o 1.000 en conjunta, o un porcentaje de la renta que puede ser el 2 por 100 de la base imponible. Sólo las cantidades satisfechas que excedan de la anterior cuantía, serían deducibles. Es decir, en el primer sistema si se donan 4.000 dólares en tributación individual, por los primeros 500 no habría incentivo fiscal y sí lo habría por los 3.500 restantes(58).

Señala el CONGRESS BUDGET OFFICE (págs. 9-11) que, según sus estimaciones, en la opción (i) donde se respeta el actual sistema de deducciones pero con el establecimiento de un importe mínimo para que opere la deducción, el volumen de las donaciones disminuiría, pero el ahorro fiscal sería de una proporción mayor. Así, entienden que si ese mínimo fuera de 500 dólares en tributación individual o 1.000 en conjunta, el volumen de donaciones descendería 500 millones de dólares, pero el ahorro fiscal sería de 5.500 millones. La razón está en que muchos contribuyentes hacen donaciones por importes superiores a ese límite, pero seguiría habiendo incentivo para que donaran. Y a una solución parecida -disminución de la donación y disminución mayor de la pérdida fiscal- se llegaría si se tomara la opción (iv) -deducción en la cuota del 15%- y operando el límite. En este caso, se estima que las donaciones descenderían un 4% (8.600 millones) mientras que la Hacienda Pública se ahorraría un 47% (19.000 millones de dólares).

Sin embargo, las opciones (ii) -todos los declarantes pudieran deducirse- y la (iv) -deducción fiscal en la cuota del 25%- implicarían un aumento de las donaciones y del coste fiscal. Pero si en la opción (ii) y (iv) se incluyera un límite mínimo, sería posible aumentar las donaciones

(58) Señala la Oficina Presupuestaria (CONGRESS BUDGET OFFICE, 2011, pág. 11) que la existencia de un suelo supone dejar sin beneficio fiscal a las donaciones más pequeñas, que, de todas maneras, es probable que se hagan exista o no el incentivo fiscal, pero seguiría manteniendo el incentivo para las donaciones más importantes. Sin embargo, también parece que para algunos contribuyentes sí supondría reducir sus donaciones con relación a las que harían si no hubiera un suelo. Por otro lado, si el límite es cuantitativo, puede tener efectos de imputación temporal. Si el límite es de 500, no es lo mismo hacer durante dos años dos donaciones de 1.000 que hacer en un año una donación de 2.000 y por ningún importe el año siguiente. Económicamente es mejor hacer una por 2.000 euros en tanto serían deducibles 1.500 euros.

En el caso de contribuyentes con bases imponibles elevadas, el límite cuantitativo no sería relevante, mientras que sí podría tener incidencia si el límite fuera porcentual. Es decir, si sólo pudieran deducirse a partir de que la donación superase el 2 por 100 de su base imponible. Si la base imponible fuera de 300.000 dólares, podría deducirse a partir de que donara 6.000 dólares.

y rebajar el coste fiscal.

En nuestro caso, y teniendo en consideración que en España el sistema fiscal del mecenazgo se fundamenta en una deducción de la cuota del 25%, especial mención merece el análisis que se hace del supuesto del establecimiento de una deducción en la cuota del 25 por 100. En dicho caso el CONGRESS BUDGET OFFICE (2011, págs. 17 y 18) parte de la base de que el cambio de sistema supondría beneficiar a los contribuyentes con rentas bajas y medianas, con tipos marginales inferiores al 25 por 100, frente a aquellos con tipos superiores, donde una deducción en la cuota supondrá una mayor tributación. Dentro de los escenarios planteados, en el caso de que estableciera una deducción en la cuota sin ningún tipo de suelo, se estima que las donaciones aumentarían 2.700 millones (1%) mientras que el coste fiscal aumentaría 7.100 millones (17%). En el caso de que la deducción fuera acompañada por un mínimo fijo a partir del cual operara la deducción (500 dólares para tributación individual y 1.000 para conjunta) supondría un aumento de las donaciones de 1.500 millones (menos del 1%) y el coste fiscal descendería, aumentándose la recaudación en 2.400 millones (6%). En el caso de imponer un mínimo del 2% sobre la base imponible, las donaciones caerían en 1.000 millones (menos del 1%) y el coste fiscal lo haría en 11.900 millones (un 29%).

3 ENTIDADES BENEFICIARIAS DEL MECENAZGO

En Estados Unidos, la regulación de los incentivos o subsidios a las ENL tiene dos partes distintas. Por una lado, el régimen fiscal de exención de las propias ENL (sección 501 del IRC), que implica una renuncia por parte de la Hacienda a recaudar(59). Por otro, la regulación del mecenazgo para las ENL. Se trata de dos medidas distintas pero con la misma finalidad; realizar subsidios públicos indirectos(60). Al igual que sucede en España, para que las donaciones realizadas por personas físicas y jurídicas den derecho al mecenazgo el destinatario tiene que ser una ENL cualificada en el momento de la donación o una Administración pública. Pero, a diferencia de nuestro país, las ENL merecedoras del mecenazgo no se vinculan legalmente a que la ENL también pueda estar exenta(61). Es decir,

(59) Puede verse en España el trabajo de MONTERO SIMÓ (2009) sobre el régimen fiscal de la exención de las ENL en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades.

(60) Vide COLOMBO (2001, pág. 689). El Tribunal Supremo Americano señaló en la Sentencia *Regan V. Taxation with Representation* (461 US 540, 544, 1983) que las exenciones fiscales y las deducciones por mecenazgo son una forma de subsidio que son administradas a través del sistema fiscal.

(61) A nuestro parecer, lo lógico en términos tributarios es que todas las ENL beneficiarias del mecenazgo estén a su vez exentas del IS, al menos en lo que afecta a las donaciones. No tiene sentido, que se reconozca un beneficio fiscal en la persona física o jurídica que dona y que dicha renta

formalmente la definición de ENL exenta a los efectos del IS no coincide con la de las ENL merecedoras del mecenazgo. Sin embargo, en la realidad, casi todas las organizaciones que se consideran ENL exentas del IS [sección 501(c)(3)] son consideradas merecedoras del mecenazgo, por lo que a efectos prácticos existe una casi identidad (HOPKINS, 2010, pág. 99).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. A mi juicio, en la medida en que tanto la exención por el IS como las deducciones por mecenazgo están soportadas por la misma idea de subsidio, el régimen debe ser coincidente, como sucede en España, ya que parece coherente que las condiciones para obtener estas ayudas públicas indirectas deban ser las mismas.

La sección 170(c) determina cuáles son las ENL que permiten la aplicación de los beneficios fiscales. Básicamente, las entidades que dan derecho al mecenazgo deben cumplir los siguientes requisitos(62):

- (i) Tienen que tener la forma jurídica de “*corporation, trust, or community chest, fund or foundation*”(63).
- (ii) Tiene que ser una ENL de Estados Unidos.
- (iii) Deben perseguir exclusivamente uno o varios de los siguientes fines: religioso, caritativo, científico, literario, educativo, para la prevención de la crueldad en niños y animales, para el fomento nacional o internacional del deporte aficionado(64).
- (iv) Se prohíbe que las rentas se destinen al beneficio privado de las personas especialmente relacionadas con la ENL (patronos, directores, etc.) (*private*

tuviera que tributar en la ENL, porque supondría, finalmente, sujetar a gravamen dichas rentas compensando la no tributación en el mecenaz.

(62) La Sección 170(c) enumera 5 tipos entidades beneficiarias del mecenazgo. Además de las ENL de la sección 501(c)(3) están -conforme la enumeración que hace la norma - (1) Administraciones Públicas; (3) Organizaciones de veteranos de guerra; (4) Hermandades que cumplan ciertos requisitos; (5) Cementerios sin ánimo de lucro.

(63) Las formas jurídicas empleadas en Estados Unidos son de difícil aprehensión para nuestro Derecho, aunque a los efectos de este estudio la forma jurídica de la ENL no es relevante. Con relación a la clasificación de ENL en Estados Unidos pueden verse en España los trabajos de MONTERO SIMÓ (2009, págs. 19 y ss) y de ALLÍ TURRILLAS (2012, págs. 214 y ss). Señala HOPKINS (2010, pág. 108) que teóricamente una ENL debería organizarse como una fundación. Sin embargo, como la norma tributaria no concede ningún trato de privilegio a esta figura frente a otras, se evita con el objeto de sortear las obligaciones y deberes que impone la misma.

(64) HOPKINS (2010, pág. 102) señala que el desarrollo de este artículo tiene que completarse con la jurisprudencia, la normativa de Hacienda y las consultas emitidas por el IRS. Este autor analiza los distintos tipos de actividades que pueden perseguirse dentro las actividades no lucrativas.

inurement)(65).

(v) No tiene como una parte sustancial de su actividad la de intentar influenciar en la normativa (lobby) ni participar o intervenir en ninguna campaña política(66).

Además de los anteriores requisitos el IRS añade que los beneficiarios de las actividades deben suficientemente amplios o de un clase indefinida, a no ser que los beneficiarios de clase reducida sean secundarios (HOPKINS, 2010, págs. 106-108). Es decir, la ENL no puede operar para intereses privados salvo que sean insustanciales(67). Además, el Gobierno puede negar el derecho al mecenazgo por razones de política pública, como sería el caso de donaciones a ENL que financiaran el terrorismo o a Universidades que prohibieran relaciones interraciales(68).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En el IRPF los incentivos al mecenazgo operan para ENL privilegiadas de la Ley 49/2002. Pero el artículo 68.3(b) de la LIRPF determina que también se podrán deducir “*El 10 por ciento de las cantidades donadas a las fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano del protectorado correspondiente, así como a las asociaciones declaradas de utilidad pública*” cuando no estén en la Ley 49/2002. Esta norma especial sólo opera en el ámbito del IRPF pero no en el del IS. Cabe preguntarse en qué medida es posible dar un subsidio o subvención indirecta del 10% a entidades que no estén controladas por la AEAT ni tengan un marco jurídico tributario que justifique que reciben esas cantidades. A mi parecer, se trata de una norma discutible con arreglo a los fundamentos del mecenazgo.

Una de las características fundamentales del régimen de las ENL en Estados Unidos radica

(65) Puede verse al respecto la explicación de MONTERO SIMÓ (2009, pág. 33) sobre el *private inurement*.

(66) Esta restricción se justifica en el hecho de que la Hacienda Pública tiene que ser neutral en cuestiones políticas y no puede subvencionar mediante deducciones a las donaciones las actividades políticas (APRILL, 2000-2001, pág. 843 y 844). Y en USA las cantidades que se manejan en donaciones políticas son muy elevadas. Así, según información de la revista Time (citada por el periódico *El País* (en http://internacional.elpais.com/internacional/2012/08/07/actualidad/1344362858_522336.html) en las elecciones presidenciales de 2012 entre B. OBAMA y M. ROMNEY se estima que las elecciones costarán 2.500 millones de dólares, donde ROMNEY espera recaudar en donaciones 800 millones y OBAMA 750.

(67) Advierte este autor que será necesario hacer un examen caso por caso, pero teniendo en consideración que el IRS también tiene límites, pues no en vano han señalado los tribunales que no es posible que las ENL beneficien a cada miembro de la sociedad para que se les reconozca un estatus de privilegio.

(68) Vide SCHIZER (2008-2009, pág. 250). Vide también *Revenue Ruling 75-231*, 1975-1, C.B 158.

en la forma de acreditar que una ENL es privilegiada y da derecho a los incentivos fiscales al mecenazgo. Con carácter general, las ENL tienen que ser reconocidas por la Administración. No se trata, a diferencia de lo que sucede en España, de un sistema de comunicación, sino de autorización. Y esa autorización puede ser revocada por el IRS. Las ENL autorizadas se incorporan a una lista pública (en la página web del IRS) que pueden consultar los contribuyentes(69). No sería deducible una donación a una ENL que no esté dicha lista, por lo que los obligados tributarios tienen el deber previo de verificar la situación de la ENL(70). De esta manera, todas las donaciones realizadas por un contribuyente a una ENL privilegiada serán deducibles y dejarán de serlo cuando a la ENL se le revoque su estatus de privilegio. Pero no serán deducibles a partir de dicho momento, sin que la revocación tenga efecto sobre las donaciones ya realizadas. En la *Revenue Procedure* 2011-33 se determina que incluso en los casos de donaciones realizadas por personas que desconocían la revocación éstas serán deducibles fiscalmente si se producen antes de su publicación(71). Pero es que el sistema fiscal americano reconoce el derecho a la deducción por mecenazgo incluso cuando se está litigando en los tribunales la denegación o la revocación de los beneficios fiscales por parte de la ENL y finalmente se pierde dicha condición, aunque la cantidad deducible se limita a los 1.000 dólares y sólo opera para las personas físicas (sección 7428 del IRC).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En España las ENL acogidas a la Ley 49/2002 lo hacen mediante un sistema de comunicación, en que de forma unilateral afirman que son entidades privilegiadas pero donde la Administración, a posteriori, puede determinar que no cumplieran con los requisitos normativos. Esta situación deja a los donantes en una posición difícilmente sostenible, pues la Administración puede exigir a los donantes las

(69) IRS *publication* 78 y en 2012 se creó la aplicación on line de búsqueda *Exempt Organizations Select Check* (se actualiza de forma mensual). Sin embargo, sólo se incluyen aquellas entidades que han presentado declaraciones de reconocimiento de ENL y han sido aceptadas por el IRS. No se incluyen otras entidades, como las iglesias, que están excluidas de ese reconocimiento. En la IRS *publication* 526 se señala que los contribuyentes pueden llamar por teléfono al IRS a los efectos de verificar si una ENL da derecho a los incentivos al mecenazgo. Puede verse también la información del BMF (Exempt Organizations Business Master File Extract).

(70) En el documento del IRS "*Application of IRC 6700 and IRC 6701 to charitable contribution deductions*" (by Michael Seto, David Jones and Gerry Sack)(1999 EO CPE Text) y en la página web del IRS (<http://www.irs.gov/pub/irs-tege/eotopicm99.pdf>) se señala que una ENL no privilegiada que afirma que las donaciones que se le hagan dan derecho a los incentivos fiscales al mecenazgo, es una promotora de *tax shelter* y puede ser sancionada bajo la sección 6700 por realizar falsas manifestaciones (9.B. *Situation* 2).

(71) El IRS puede impedir dicha deducción en el caso de que el donante haya tenido conocimiento de la revocación de forma previa a la publicación, o bien fuera consciente de que dicha revocación era inminente, o ha sido responsable o estaba al corriente de las actividades y deficiencias que son la causa de la pérdida de los privilegios (*Revenue Procedure* 2011-33).

cantidades indebidamente deducidas más los intereses de demora.

En Estados Unidos se protegen los intereses del donante. Si la ENL se ha calificado como privilegiada, las donaciones que se realicen hasta que se publique la revocación serán deducibles en todo caso. Y la publicidad de las ENL privilegiadas es lo que determinará la actuación diligente del contribuyente. Si han donado a una ENL que no estaba en la lista la responsabilidad será del donante.

A mi juicio, el sistema español no es sostenible en este punto. Si el donante no ha participado ni conocía que la ENL no cumplía con los requisitos para estar acogida a la Ley 49/2002, no puede responder de la pérdida fiscal que supone que la donación no sea deducible. Es necesario dar una respuesta legislativa en este punto. Las soluciones son varias, pero el efecto final debe ser, a mi parecer, que la deducción indebidamente realizada por el contribuyente debe ser soportada por la ENL incumplidora. Es decir, si una persona dona 100 unidades y se dedujo 25, la reintegración de las 25 unidades no puede ser soportada por el contribuyente sino por la ENL, que, además, debería responder de forma autónoma por un tipo infractor *ad hoc*. Y entiendo que el sistema tiene que ser directo. Es decir, la AEAT debe exigir de forma directa el dinero indebidamente deducido a la ENL, para que, en su caso, pueda ejercer su derecho a la defensa si entiende que sí cumplía los requisitos. El sistema indirecto, por el cuál la AEAT actuaría contra el contribuyente y se le reconocería legalmente un derecho a recuperar civilmente los fondos supondría una carga indirecta para el donante (que no tiene las potestades declarativas y ejecutivas de la Administración) y, además, tendría el inconveniente de que el contribuyente debería recurrir de forma autónoma si entendiera que tenía derecho a la deducción.

Por último, es necesario reseñar que el tratamiento fiscal de las donaciones varía en función de quien sea la ENL receptora de los fondos ("*public charity*" o "*private foundation*"). Las "*private foundations*" son ENL controladas por un grupo pequeño de donantes que son los que financian la entidad, mientras que el resto de entidades se denominan "*public charities*"(72). Las "*private foundations*" se han visto como una posible fuente de abusos y se les han impuesto una serie de condicionantes adicionales(73).

(72) Señala HOPKINS (2010, pág. 108) que la nomenclatura incita al error, porque ni el término público significa en este ámbito que exista participación pública ni el término privado se relaciona con una empresa privada. Sobre el concepto de *public charities* y *private foundations* puede verse HOPKINS (2010, págs. 108 y ss) y en España MONTERO SIMÓ (2009, págs. 16 y ss) y ALLÍ TURRILLAS (2012, págs. 223 y ss).

(73) Como respuesta a los abusos que se pusieron de manifiesto en el caso de ENL controladas por un grupo pequeños de donantes, se impusieron una serie de controles adicionales y normas antiabuso. Son las llamadas "*Private Foundation*". Así, se limita su participación en entidades mercantiles; se impone una serie de sanciones si se realizan actividades prohibidas como la autocontratación; están obligadas a destinar a fines (*qualifying distributions*) un 5 por 100 de sus activos netos; entre esos fines no pueden estar donaciones a ENL foráneas salvo que se acredite que la ENL es equivalente a una "*public charity*" en USA; están sujetas a impuestos especiales para

En concreto, si la donataria es una “*public charity*” el donante persona física puede deducirse hasta el límite del 50% de su base imponible (o el 30% para las donaciones en especie que sean ganancias de capital), mientras que si el destinatario es una “*private foundation*”, esos límites se reducen respectivamente hasta el 30 y el 20%. Además, en el caso de donaciones en especie, la base de la deducción será el valor de mercado para las donaciones a las “*public charities*” mientras que normalmente para las *private foundations* (excepto los valores del mercado secundario) el valor a tomar en consideración será el de coste de adquisición(74).

3.1 Consideraciones sobre el carácter no lucrativo como requisito de deducibilidad

En Estados Unidos, y dentro del proceso de crítica al sistema del mecenazgo, se ha planteado recientemente si tiene o no fundamento la limitación de los beneficios fiscales de la sección 501(c), que determina tanto la exención en el IS de la entidad como la condición para que los mecenas puedan acceder a las deducciones, se limite a las ENL. En concreto, MALANI y POSNER (2007, págs. 2017 y ss) hacen mención al supuesto de las compañías mercantiles que realizan actividades similares a las que hacen las ENL y entienden que desde el punto de vista económico sería más eficiente desconectar el régimen fiscal de la forma jurídica, permitiendo el mismo tratamiento de exención a las compañías mercantiles que realizan actividades no lucrativas. Sin embargo, esta tesis ha sido objeto de críticas y se sigue mantenido la necesidad de vincular los incentivos fiscales por mecenazgo al hecho de que el destinatario tenga que ser una verdadera ENL(75).

Esta polémica es necesario enmarcarla en un ámbito mayor de discusión que está apareciendo en Estados Unidos y es la superación del binomio sector empresarial *versus* sector no lucrativo. Empieza a hacerse mención a un “*cuarto sector*” como un híbrido entre el sector no lucrativo y el lucrativo (*for-profit*), donde las empresas buscan un componente social y la obtención de beneficios (“*social enterprise*”) y en el que aparecen legalmente nuevos modelos empresariales como la “*low-profit limited liability company*”(76).

3.2 Las ENL extranjeras: las donaciones internacionales

ciertos gastos.

(74) A pesar de que el tratamiento tributario para las *private foundations* es peor que para las *public charities*, se prefiere el control que se puede tener sobre los fondos que obtener mayores beneficios fiscales (GERZOG, 2008, págs. 1167-1168).

(75) Vide GALLE (2009- 2010, págs. 1215 y ss) y ZOLT (2010-2011, págs. 398-399).

(76) Por todos, ARCHER (2011-2012, págs. 159 y ss) y RESOR (2012, págs. 92 y ss).

La Sección 170(c)(2)(A) del IRC sólo permite las deducciones fiscales del mecenazgo para contribuciones a ENL de los Estados Unidos. En concreto, enumera las siguientes formas jurídicas “*corporation, trust, or community chest, fund or foundation*”. No permite aplicar la normativa del mecenazgo en el caso de que las donaciones se realicen directamente a la ENL no residente. El origen de esta norma data de 1938 y su justificación inicial era que la deducción por mecenazgo tenía como finalidad compensar el ahorro de recursos por parte de la Hacienda, ya que la ENL realizaba las tareas que en otro caso tendría que haber hecho la Administración. Y si la donación se realizaba a una ENL extranjera no se producía esa compensación de pérdida de recursos fiscales a cambio de servicios (por todos, HOPKINS, 2010, pág. 600).

La norma no permite donar directamente a ENL extranjeras, pero sí pueden gozar del mecenazgo las donaciones realizadas a ENL de USA cuyo destino sea para actividades en el extranjero, aunque la condición que se establece es que la ENL de los Estados Unidos sea el donatario real y no un mero intermediario que actúa en nombre de un tercero no residente(77). Sin embargo, el tratamiento no es el mismo para personas físicas que para personas jurídicas. Para las primeras, no existe ninguna limitación para que opere el incentivo fiscal y las ENL pueden usar sus fondos para actividades internas o para las externas. Se permite, por tanto, el mecenazgo para actividades en el extranjero de forma indirecta, como sucede en la cooperación al desarrollo. Sin embargo, en el caso de las personas jurídicas, la solución es distinta. La sección 170(c)(2) establece limitaciones, de tal manera que en el caso de que el destinatario de la donación sea un “*trust, or community chest, fund or foundation*” sólo será deducible la donación si el destino efectivo es los Estados Unidos. Sin embargo, el texto legal no incluye dentro de la anterior limitación el supuesto en que el donatario sea una ENL con

(77) Para que sean deducibles las donaciones por mecenazgo la ENL de los Estados Unidos debe ser un receptor real de la donación, que tiene un control sobre los fondos, y no un donatario nominal, donde el verdadero destinatario sea una entidad extranjera pero pasando primero por la ENL no residente. En este último caso se entiende que el donatario real es la entidad no residente y, por tanto, no hay derecho a la deducción por mecenazgo. En concreto, no se permite aplicar la deducción por mecenazgo cuando una ENL ha sido creada por una entidad no residente con la única finalidad de solicitar fondos en el nombre de ésta. Por tanto, si una ENL se crea en USA para cooperar al desarrollo en Etiopía sí se aplica la deducción del mecenazgo, pero no cuando una entidad extranjera cree una ENL en USA que actúe en su nombre para ese fin (*Revenue Ruling* 63-252, 1963-2 C.B. 101). Por otro lado, en el caso de que una ENL se limite a transferir fondos a otras entidades no residentes para que estas realicen las actividades, la deducción sólo se permite si se puede demostrar que tienen el control absoluto de los fondos donados y la posibilidad de usarlos en sus actividades (*Revenue Ruling* 66-79, 1966-1 C.B. 48, *Revenue Ruling* 75-65, 1975-1, C.B. 79). ZOLT (2010-2011, págs. 391 y 392) señala que esos límites son fácilmente sorteables, en tanto basta con que la ENL americana no sea un mero conducto para recaudar fondos para una ENL no residente.

forma de “*corporation*”(78). Eso ha supuesto que el IRS (*Revenue Ruling* 69-80, 1969-1 C.B. 65) entienda que en dicho caso el destinatario sí puede destinar los fondos a actividades fuera de USA(79).

En cualquier caso, lo que se está planteando conceptualmente es si existe o no fundamento para negar la deducción por donaciones cuando el destinatario es una ENL foránea o incluso cuando una ENL de USA emplea sus recursos en el extranjero(80). Desde el punto de vista de los fundamentos de la deducción por mecenazgo, ZOLT (2010-2011, págs. 390 y ss) entiende que las razones para impedir la deducibilidad son de poca solidez, y más cuando el beneficio fiscal se aplica cuando las personas físicas donan a ENL que realizan sus actividades no lucrativas fuera de los Estados Unidos(81). En cualquier caso, también reconoce que realizar donaciones a ENL no residentes puede ocasionar abusos, en tanto el IRS no puede investigar y comprobar a las ENL extranjeras(82). Esos abusos se podrían evitar mediante alternativas. (i) Se podría solicitar la aplicación de su consideración de entidad exenta, tal y como se hace por entidades no residentes a otros efectos; (ii) Podría adoptarse el criterio de lista, en función del cual se aprobaría un catálogo de ENL que satisficiera los criterios del IRS u otra agencia, que es lo que sucede en Canadá, donde los contribuyentes pueden deducirse por aportaciones a ENL foráneas en tanto el Gobierno haya también contribuido a las mismas; (iii) Podría acudir a la lista de tratados internacionales para evitar la doble imposición para determinar la deducibilidad tomando en consideración cada tratado en particular. De hecho,

(78) Con relación a las características de la forma jurídica *non profit corporation* puede verse en España MONTERO SIMÓ (2009, págs. 23 y 24).

(79) La razón de por qué si el donatario es una ENL “*corporation*” se permite que las donaciones se destinen al extranjero parece que se limita a un simple error de redacción no subsanado (POZEN, 2006, pág. 541).

(80) ZOLT (2010-2011, págs. 379) recoge en la posición del Juez POSNER mantenida en un blog en 2009. Su postura se fundamenta en tres razones: (i) El impedir la deducción para actividades en el extranjero supondría que habría mayores fondos para las actividades internas (efecto sustitución); (ii) Si se impide la deducción para actividades en el extranjero se reducirán las donaciones y, por tanto, aumentarán los ingresos fiscales; (iii) El destinar los fondos a personas necesitadas dentro de USA creará mayores utilidades que en el caso de que los aportaciones se destinen a personas necesitadas de fuera de Estados Unidos.

(81) En el mismo sentido CORDS (2007-2008, pág. 437) advierte que no se explica la racionalidad de no permitir la deducción por donaciones en función del lugar de residencia de la ENL y no en el lugar de destino de los fondos donados. Señala POZEN (2006, pág. 594) que en países como Brasil, Rusia o Tailandia no se permite la deducción por mecenazgo si los fondos no se emplean dentro de los citados países.

(82) En el mismo sentido CORDS (2007-2008, pág. 457) y POZEN (2006, págs. 543 y 596).

en algunos convenios firmados por Estados Unidos (con Canadá, Israel, Méjico) se permite reducir las rentas de fuente extranjera en función de las donaciones a ENL de estos países(83); (iv) Por último, se puede adoptar un criterio de equivalencia substancial con las ENL de Estados Unidos, donde las que cumplan con unos requisitos mínimos podrían dar derecho a deducirse por mecenazgo.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. La Ley 49/2002 sólo considera como entidad beneficiaria del mecenazgo a las entidades españolas o a las “*Delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones*” [art. 16(a) por remisión al art. 2]. No hay beneficio alguno para el mecenazgo a ENL no residentes. Sin embargo, no hay límite para que la ENL no realice ninguna actividad en España, de tal manera que puede reconducir tanto los fondos como las actividades, sin límite, al extranjero. De hecho, las ONG de Desarrollo son una de las reconocidas de forma expresa en el artículo 2 de la Ley 49/2002. Es más, en España, a diferencia de lo que sucede en Estados, ni siquiera se exige que la ENL doméstica sea un donatario real y no meramente nominal o intermediario. Una de las cuestiones que habría que plantearse es el sentido que tiene excluir a las ENL extranjeras del mecenazgo cuando de forma indirecta se permite el mismo.

Otra aproximación distinta es la del TJCE en tanto su argumentación nada tiene que ver con los fundamentos del mecenazgo sino con principios comunitarios. El TJCE ha entendido en sus Sentencias de 21 de marzo de 2009 (PERSCHE, As. C-318-07) y de 16 de junio de 2011 (COMISIÓN/REPÚBLICA DE AUSTRIA, As. C-10/10) que la prohibición de deducirse las donaciones realizadas a una ENL constituida en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del estado del donante supone una discriminación que vulnera la normativa comunitaria. El Estado del donante debe permitir la deducción fiscal siempre que la entidad no residente cumpla los mismos requisitos que impone a las ENL residentes y siempre que pueda comprobar su cumplimiento.

4 EL CONCEPTO DE DONACIÓN Y EL DESDOBLAMIENTO DE LOS NEGOCIOS EN GRATUITOS Y CON CONTRAPRESTACIÓN

Conforme a la sección 170 del IRC, para que una donación realizada a una ENL privilegiada dé derecho al mecenazgo tiene que ser una *donación (gift)*. Es decir, debe ser una transferencia de bienes, derechos o dinero sin contraprestación y hecha de manera voluntaria(84). Legalmente, sin embargo, la regulación sobre el concepto de donación es muy

(83) En la IRS *publication* 526 se hace mención a los tres países. En el caso de Méjico e Israel, es condición necesaria que la ENL destinataria cumpla los mismos requisitos que los exigidos a las ENL que dan derecho al mecenazgo en USA.

(84) La sección 170(c) hace mención a los términos “*contribution or gift*” que son sinónimos y empleados de manera indistinta.

escasa. El Tribunal Supremo determinó inicialmente que una donación lleva implícita una “*imparcial y desinteresada generosidad*” por parte del donante, centrando los requisitos en el elemento subjetivo(85). Posteriormente el análisis se ha desplazado hacia los caracteres objetivos, y se entiende que existirá una donación cuando el importe satisfecho no se realice como contrapartida de un beneficio económico (*Hernandez v. Commissioner*, 490 U.S. 680, 1989)(86). Es decir, se eliminan del análisis las intenciones o motivaciones del donante(87). De esta manera, se entiende que una donación es una transferencia de recursos sin que exista expectativa de un beneficio financiero “*en proporción con la cantidad de la transferencia*” [*Treasury Regulation 1.170A-1(c)(5)*]. La carga de probar que se ha realizado una donación es del contribuyente [*Treasury Regulation 1.170A-1(h)(1)*].

En Estados Unidos la donación puede no ser pura. El Tribunal Supremo reconoció en *United States v. American Bar Endowment* que no sería adecuado con la finalidad de la sección 170 denegar una deducción cuando en una operación con contraprestación el beneficio es mucho menor que el pago realizado a la ENL, ya que en este caso el negocio debe tener un “*carácter dual*” de pago y donación(88). Por tanto, en los negocios mixtos parte de la operación puede calificarse como donación (y gozar de los derechos del mecenazgo) y parte como operación sinalagmática. Lo que se valora es si el precio recibido o pagado por la ENL a cambio del bien o servicio es proporcional a la cantidad entregada (*quid pro quo contribution*, sección 6115 del IRC)(89). Si el retorno recibido por el donante es incidental o indistinguible de los beneficios

(85) La Sentencia *Commissioner v. Duberstein* (363 U.S. 278, 1960) aplicó por primera vez el llamado test de la “*imparcial y desinteresada generosidad*” (citado por COLLITON, 1980, pág. 978).

(86) Dos de las sentencias más significativas son *Hernandez v. Commissioner*, (490 U.S. 680, 1989) y *Commissioner v. Duberstein* (363 U.S. 278, 1960). En *Duberstein* se fundamentó en intención subjetiva de donar, mientras que en *Hernandez* se impuso un criterio objetivo para determinar cuándo el dinero era transferido a cambio de un beneficio. Lo cierto es que, como señala STONE (2007, pág. 232 nota a pie 83), en la mayoría de los casos la única evidencia de la intención del donante será el recibir o no un retorno. Con relación a *Hernandez*, que se trataba de contribuciones a la Iglesia de la Cienciología por acudir a sesiones espirituales y donde el Tribunal Supremo acordó que se trataba del pago por un servicio (puede verse COLOMBO, 2001, pág. 664 y ss).

(87) De una manera clara un tribunal inferior determinó (*Haak v. U.S.*, 4 451 F. Supp. 1087, W.D. Mich. 1978) que el término “*charitable contribution*” no se define en referencia con los destinatarios ni con la finalidad perseguida por el donante eligiendo a dichos destinatarios, sino que la intención de la norma es centrarse en los objetivos de las ENL y en el hecho de que no se reciba ningún beneficio como contraprestación de la donación.

(88) Puede verse SAMANSKY (2004-2005, págs. 78 y ss).

(89) La sección 6115, que regula las obligaciones formales, determina que a los efectos de dicha sección el término “*quid pro quo contribution*” es un pago realizado parte como una donación y parte

generales que obtiene la comunidad, la deducción se aplicará por el total. En otros casos no resulta sencillo identificar estas operaciones, especialmente cuando el menor precio se vincula a un posible beneficio futuro(90).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. El desdoblamiento de una operación en dos no existe en el mecenazgo en España, donde sólo se conoce el tratamiento jurídico puro; o hay contraprestación, y, entonces, se aplican las reglas mercantiles para la venta o servicios, o no la hay y se trata de una donación. Se aplica el régimen jurídico a la totalidad de la operación, sin que existan posibilidades intermedias.

La situación es tal que en el caso de los convenios de colaboración, donde sí existe cierta contraprestación, la Ley los ha reconvertido íntegramente en una donación (no existe prestación de servicio) y se entiende que el total de la operación debe tratarse con ese régimen jurídico en el IVA y en el IS se considera como gasto deducible.

Sin embargo, la aproximación del Derecho de los Estados Unidos creemos que debería ser adoptada en el Derecho Español, como ha hecho el Plan General de Contabilidad de las Entidades sin Fines Lucrativos para ciertas operaciones. Los negocios jurídicos deben poder dividirse en dos. Esto permitiría solventar una serie de problemas que hasta ahora presentan una difícil solución. Un caso es el de los convenios de colaboración, pero habría muchos más. Sólo hace falta mirar, por ejemplo, la página web de algunos de los principales museos españoles donde se hace mención a los “amigos” del museo que tienen derecho a la deducción por donaciones y, además, a una serie de derechos. Y también es el caso de las campañas de navidad, donde las entidades que ofrecen ciertos servicios testimoniales a los asociados a cambio de “donaciones”, etc.

en contraprestación por los bienes y servicios recibidos. Pero señala que no incluye los pagos realizados a organizaciones religiosas donde reciba un beneficio religioso intangible que no sea objeto del mercado. Las *quid pro quo* alcanzan a los pagos en metálicos, la instrucción religiosa, la educación, los servicios prestados, los bienes tangibles, los bienes comprados, bienes inmuebles, cancelación de deudas, privilegios o derechos de admisión, etc.

(90) En el caso *Singer Co. v. US* [449 F.2d 413 (Ct. Cl.1971)] esta entidad vendía maquinas de coser a escuelas con descuento. Por la diferencia entre el valor de mercado y el precio cobrado entendía que había realizado una donación con derecho al mecenazgo. El Tribunal entendió que no era una donación, sino que el contribuyente esperaba un futuro beneficio como consecuencia del incremento de ventas. En BNA TAX MANAGEMENT PORTFOLIOS (2012, apartado D.6.e) se pueden ver numerosos supuestos donde se han permitido o impedido deducciones en el caso de *quid pro quo contributions*. Y especialmente importante es lo que acontece con relación a los gastos educativos. El IRS (*Revenue Ruling* 83-104, 1983-2, C.B 46) entiende que las transferencias de fondos de los padres a un colegio sólo pueden ser consideradas donaciones en el caso de que una persona razonable, tomando en consideración la totalidad de circunstancias, concluyera que la admisión del niño no dependa del pago; el pago no se realice con la finalidad de convertir gastos educativos no deducibles en donaciones con derecho a deducción; y la recepción de los beneficios no sea dependiente del hecho de realizar el pago. Puede compararse esta situación con lo que pasa en España con las donaciones “voluntarias” a fundaciones de centros educativos donde los estudiantes cursan estudios.

De hecho, la DGT ha reconocido el desdoblamiento de las operaciones en dos partes en el caso de los convenios de colaboración. En la Contestación de la DGT de 17 de mayo 2010 (consulta núm. V1036-10) se conocía de un convenio de colaboración donde, a parte de la difusión, la entidad colaboradora aportaba una cantidad importante de dinero y se aseguraba un derecho a instalar cajeros automáticos, reservar espacios, utilizar el auditorio y la sala de exposiciones y publicitarse en todas las actividades que realice la fundación. En relación a lo cual el citado Centro Directivo entendió que *“En tal caso, las cantidades percibidas en el marco de los convenios de colaboración o de patrocinio citados destinadas por la consultante a la realización de las actividades culturales que se describen en la consulta, no constituirán contraprestación de ninguna prestación de servicios a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.*

No obstante lo anterior, en el caso de que el convenio de colaboración suscrito con la entidad financiera supusiera además la cesión al colaborador de espacios, la utilización del auditorio y sala de exposiciones y el derecho a instalar cajeros automáticos en el recinto, como es el caso, estas operaciones quedarán excluidas del propio convenio de colaboración. En consecuencia, constituirán prestaciones de servicios sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido que formarán parte de la base imponible de sus operaciones y deberán tenerse en cuenta, para el cálculo del porcentaje de la prorrata”. Por tanto, la DGT divide jurídicamente el contrato en dos partes. Una gratuita, que sería en sí el convenio de colaboración, y otra onerosa, que consistiría en valorar por mercado la cesión de espacios.

El problema real del desdoblamiento de la operación estará en el IVA, debido a que en este impuesto la base imponible es, salvo ciertos supuestos de carácter fraudulento, el precio efectivamente pactado por las partes, con independencia de que sea distinto al de mercado. Por todas, puede verse la STJCE de 29 de julio de 2009 (ASTRA ZENECA, As. C-40/09) donde se afirma que *“Es también jurisprudencia reiterada que la base imponible en la entrega de un bien o la prestación de un servicio consiste en la contraprestación realmente recibida al efecto. Por lo tanto, dicha contraprestación es el valor subjetivo, es decir, el realmente percibido, y no un valor estimado según criterios objetivos”.*

4.1 *El control de los fondos donados por la ENL*

Para que una donación dé derecho a los incentivos fiscales al mecenazgo la ENL debe tener el control y el dominio sobre las aportaciones recibidas⁽⁹¹⁾. Esto engarza con los derechos que el donante puede reservarse o las condiciones que pueda establecer con relación a los fondos

(91) En el caso de donaciones con condición, la *Treasury Regulation* 1.170A-1(e) señala que si en la fecha de la donación hay una condición vinculada a un hecho posterior para que la donación sea efectiva (como un determinado destino), sólo se permitirá la deducción si la posibilidad de que la donación no se produzca sea tan remota que pueda considerarse despreciable. En el caso de las donaciones que de manera previa se vinculen al cumplimiento de una condición (condición suspensiva), es necesario que se cumpla la misma para que pueda aplicarse la deducción.

recibidos. En el caso de que se haga una donación a una ENL con la condición de que sean destinadas a un determinado beneficiario, no dará derecho a la deducción por mecenazgo, pues en dicho caso se considera que son donaciones realizadas indirectamente al individuo y no a la ENL privilegiada. Para que opere la deducción es necesario que la ENL tenga el control total de los fondos donados y la discrecionalidad de uso para poder llevar a cabo sus funciones (*Revenue Ruling* 62-113, 1962-2 C.B. 10). El donatario no puede ser una organización que opere para los intereses particulares o privados del donante. De esta manera, cuando la donación se condiciona a que su destino sea para un tipo de beneficiarios tan limitados que implique que la finalidad de la donación es más privada que pública, no se permitirán los incentivos fiscales al mecenazgo(92). Lo anterior no quiere decir que no se puedan establecer limitaciones sobre los beneficiarios, siempre que éstas sean suficientemente amplias para poder ser consideradas de carácter público. Y, de la misma manera, es necesario distinguir entre el hecho de que el donante imponga condiciones a que manifieste un deseo no vinculante de un destino determinado, lo que está permitido si la ENL es la que mantiene el control(93).

En Estados Unidos se ha regulado una figura donde se reconoce a los donantes ciertos derechos sobre el destino de los fondos donados con posterioridad a la donación. Cuando se dona de forma simple, el donante pierde totalmente el control de sus fondos e incluso si las actividades que realiza la ENL no son las que espera, no puede hacer nada. Sin embargo, si se le permite aconsejar sobre el destino de los fondos, el donante se involucra de forma personal y se pueden aumentar las donaciones en el futuro(94). A estos efectos, el IRC 4966(d)(2) regula los “*donor-advised fund*”. Esta figura debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) Debe haber un fondo o cuenta que es propiedad y está contralada por una ENL

(92) En NOTE CHARITABLE DEDUCTIONS (1984-1985, págs. 1431-1432) se señala que para una donación sea deducible debe pasar un triple test. Debe realizarse a una ENL privilegiada; el donante puede establecer ciertas condiciones, pero la ENL debe tener el control último sobre la disposición de los fondos; la donación debe hacerse en beneficio de la ENL y no del donante o de otra persona designada por el donante. Si el destinatario es un beneficiario concreto no se permitirá la donación, aunque sí podría aceptarse en el caso de que se designara una determinada clase de destinatarios.

(93) BNA TAX MANAGEMENT PORTFOLIOS (2012, apartado D.2) señala que las deducciones por mecenazgo no han sido permitidas cuando se hace una contribución a una universidad para la educación del nieto del donante, o cuando se destina para la educación de un estudiante de música determinado, o si se hacen aportaciones a hospitales para los cuidados médicos de un determinado paciente o en el caso de regalos de navidad para los empleados del edificio, etc.

(94) *Vide* HUSSEY (2010, págs. 78 y ss) y DEPARTMENT OF THE TREASURY (December 2011, pág. 68),

beneficiara del mecenazgo. La ENL no puede ser una *private foundation*(95); (2) De forma separada se identifican las contribuciones de los donantes (patrimonio separado); (3) El donante o una persona designada por el mismo tiene expectativas razonables de tener el privilegio de aconsejar en el reparto o distribución de inversiones o de los activos. Jurídicamente son donaciones irrevocables, donde la propiedad y el control de las mismas permanecen en la ENL y donde a pesar de que el donante puede hacer recomendaciones la ENL no tiene que aceptar dicha sugerencia. La realidad es que estas sugerencias son generalmente aceptadas por las ENL(96). Y esa vinculación hace que se pueda cuestionar la existencia de una verdadera donación(97).

4.2 Servicios o ventas por encima del valor del mercado

Las ENL realizan ventas o prestan servicios donde se factura por encima del valor de mercado. Se trata de banquetes, conciertos, eventos deportivos, mercadillos, etc. En estos casos, se vende la entrada u otro tipo de derecho (como la asistencia a la cena) y, además se pide una *donación*, de tal manera que el precio efectivamente pagado por la persona tiene dos componentes; precio en sentido estricto (y no deducible para la persona física al ser consumo), y donación, que da derecho al mecenazgo.

El IRS detectó que este tipo de eventos estaba dando lugar a numerosos malentendidos, en muchos casos debido a que eran las propias ENL las que inducían al error. En el supuesto de las personas físicas el consumo personal no es deducible en renta, pero sí lo pueden ser las donaciones, de tal manera que a aquéllas les interesaba que sus aportaciones se transformaran en donaciones y, por su parte, la ENL no tenían un interés contrapuesto que les hiciera actuar en sentido contrario. Ante dicha situación, el IRS, tomando como fundamento las distintas regulaciones y las decisiones judiciales, dictó la *Revenue Ruling 67-246* (1967-2

(95) De hecho, técnicamente, los *donor-advised funds* son figuras alternativas a las *private foundations*, ya que en estas los donantes son los que tienen el control de los fondos de la ENL. Mediante los *donor-advised funds* el donante se guarda la capacidad de recomendar pero donando a una *public charity*.

(96) Las ENL afirmaban que si bien es cierto que mayoritariamente seguían las recomendaciones de los donantes, esta aceptación no era automática (DEPARTMENT OF THE TREASURY, December 2011, pág. 69).

(97) En la página web del IRS consta que "*The IRS is aware of a number of organizations that appeared to have abused the basic concepts underlying donor-advised funds. These organizations, promoted as donor-advised funds, appear to be established for the purpose of generating questionable charitable deductions, and providing impermissible economic benefits to donors and their families (including tax-sheltered investment income for the donors) and management fees for promoters*". En <http://www.irs.gov/charities/charitable/article/0,,id=182839,00.html>.

CB. 104) donde se identificaban cuáles eran los requisitos necesarios para poder acceder al mecenazgo en el caso de las operaciones duales:

(i) Cuando existe el pago de un precio por un servicio o derecho, hay una presunción de que el precio pagado sea el derivado de una relación sinalagmática y que no exista donación.

(ii) Si se reclama la existencia de una donación en parte del precio pagado, la carga de la prueba recae en quien solicita el beneficio fiscal. A estos efectos, el donante deberá demostrar:

- Qué parte del precio representa un exceso sobre lo recibido a cambio, para lo cuál será necesario probar que excede del valor de mercado de la contraprestación. Sólo aquella parte que supere el valor de mercado puede ser considerada una donación.

- Que el precio superior satisfecho se hizo con la intención de hacer una donación. Con relación a esta condición, se señala que no es un requisito obligatorio en todo caso y puede ser inferido por otras circunstancias. Sin embargo, es determinante en aquellos casos donde existan dudas sobre lo que si se pagó fue una donación o un precio.

- El precio de mercado se convierte en un elemento clave para determinar qué parte puede ser donación. Si hay un precio comparable, éste deberá tomarse en consideración, con independencia de cuál sea la intención de las partes. En caso contrario, debe estimarse de manera razonable.

- La ENL privilegiada debería realizar procedimientos tendentes a demostrar que se ha pedido una donación relacionada con dicho evento y determinar qué cuantía se ha solicitado. En este sentido, de forma previa debería estar determinado cuál es el precio real del evento o del derecho y cuál es la parte que corresponde a la donación y, además, deberían recogerse dichas realidades en los justificantes o facturas que se den a los solicitantes.

(iii) El hecho de que un mecenas no haga uso de su derecho o privilegio no implica que el total de lo adquirido pase a ser una donación. El requisito para la deducibilidad no es que un derecho se ejercite, sino si ese derecho fue aceptado o no por el contribuyente. En el caso de que no tuvieran intención de disfrutar de sus derechos, lo que debe hacer es una donación pura y simple (*Revenue Ruling 67-246*, 1967-2 CB. 104)(98).

La división de la operación en dos partes puede originar, como hemos dicho, cierto tipo de

(98) La *Revenue Ruling 67-246* (1967-2 CB. 104) recoge además 12 ejemplos prácticos determinando en qué casos hay o no donación con derecho a deducción.

fraudes cuando el participante es una persona física y donde lo que se cuestiona es la posibilidad de cambiar consumo personal -no deducible- por donación -sí deducible-. Pero si quien contribuye es una empresa, el fraude puede ubicarse en favor de la ENL, si ésta tuviera que pagar rentas como consecuencia del servicio prestado en su consideración de *Unrelated Business Income Tax* (UBIT)(99). En este caso se plantea (NOCJAR, 2000-2001, pág. 389) que a la ENL le interese reducir el valor del servicio y aumentar el valor de la donación, cuestión que le será indiferente a la empresa en tanto podrá deducirse el gasto bien como un gasto necesario y relacionado (sección 162) o bien como una donación (sección 170).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. El desdoblamiento de una operación en dos puede dar lugar a fraudes. En el caso de que se reconociera la realidad de la operación (negocio dual), debería establecerse un procedimiento parecido al que se ha instaurado por el IRS. Nos parece especialmente importante la carga de la prueba y los requisitos procedimentales. Es el contribuyente, con la ayuda de la ENL, quien debe demostrar que existe donación y en qué cuantía.

4.3 *Bienes adquiridos por valor inferior a su valor de mercado (bargain sale)*

El desdoblamiento de la operación también se produce cuando se venden bienes o derechos a la ENL privilegiada por valor inferior al mercado. Es lo que se denomina *bargain sale*. En este caso se considera que nos encontramos ante una venta y ante una donación y su tratamiento debe ser correlativo(100). Y también se aplica esta normativa en el caso de bienes que tiene una deuda aparejada, como sucede en las hipotecas, y donde se dona el mismo a cambio de que la ENL se haga cargo de la deuda. En este supuesto se entiende que la donación no es pura, sino que el donante recibe como contraprestación la liberación de la carga(101).

Este tipo de ventas puede suceder con cualquier tipo de propiedad, sea del propio tráfico empresarial o un activo de otro tipo. Si la base de la deducción que tiene que aplicar el contribuyente es el valor de mercado, el importe de la deducción estará compuesto por la

(99) Con relación a los *Unrelated Business Income Tax* (UBIT) puede ver en España el trabajo de MONTERO SIMÓ (2009, págs. 41 y ss).

(100) Señala ROSE (2010-2011, pág. 134) que el recurso al *Bargain Sale* puede dar lugar a beneficios adicionales, en tanto, por un lado, el mecenas tiene derecho al mecenazgo por la diferencia entre el precio de mercado y lo efectivamente cobrado. Pero, además, en este tipo de transmisiones se pueden ahorrar costes de transmisión del inmuebles, tales como publicidad, agentes, intermediarios, etc, costes que en otro caso incurriría.

(101) Señala el Tribunal Supremo en la Sentencia *Ebben v. Commissioner* (783, F2d 912, 9th Cir. 1986) que el negocio es el mismo que si la ENL toma dinero prestado y con el mismo paga al vendedor para que salde la deuda hipotecaria que tenía.

diferencia entre el precio que recibe y el valor de mercado del bien. Es decir, si vende por 100 un bien con un valor de mercado de 1.000, habrá realizado una donación deducible de 900. Si la base de la deducción es el valor de coste, entonces es necesario realizar un paso adicional. En este caso, la base de la deducción será el valor de coste por la proporción que representa el valor real de la donación frente al valor del total bien. En nuestro ejemplo, si el valor de coste fuera de 200, se podría deducir el 90% de 200% (100/1000). Es decir, 180 unidades.

4.4 *Las operaciones mixtas y la publicidad*

De manera análoga a lo que ocurre en España con el patrocinio publicitario y los convenios de colaboración, en Estados Unidos se ha planteado un problema con relación a las actividades de patrocinio publicitario, aunque centrado en el régimen tributario de la ENL que recibe el ingreso. Lo que se ha cuestionado es qué medida ese ingreso no tributa, porque lo que recibe se puede asimilar a una donación, y en qué parte es un servicio de publicidad que debería tributar [*Unrelated Business Income Tax (UBIT)*](102). La sección 513(i) determina que no tributan para las ENL los *qualified sponsorship payments*, entendiéndose por aquellos los realizados por una persona para el desarrollo de una actividad económica, respecto a la que no tiene ningún derecho o expectativa de recibir otro “*beneficio sustancial*” distinto del hecho de que aparezca su nombre o logotipo (o línea de productos) en la actividad para la que ha aportado el dinero. Por el contrario, sí se considera un *Unrelated Business Income* la publicidad de los productos o servicios del pagador(103). Se distingue entre lo que es el mero reconocimiento del donante, que no tiene un valor económico desde el punto de vista del IRC, de la prestación de un servicio de publicidad, que sí lo tiene. Es decir, y como señala STONE (2007, pág. 222) para el IRS el reconocimiento de un donante, cualquiera que sea su valor, no

(102) Con relación a los *Unrelated Business Income Tax (UBIT)* puede verse en España el trabajo de MONTERO SIMÓ (2009, págs. 41 y ss).

(103) La sección 513(i) del IRC y la *Treasury Regulation* 1.513-4 hacen mención a los supuestos que tributan por considerarse publicidad, como cuando se hable de la calidad de los productos o servicios, se comparen, haya información del precio, se indiquen ventajas en el precio o en el valor del producto, se induzca a la compra o uso de los productos o servicios. También se consideran publicidad los pagos o aportaciones que estén condicionadas a la asistencia de público a un evento, o a la audiencia en medios de comunicación o a otros factores que indiquen el nivel de seguimiento público de un evento. Igualmente las aportaciones que concedan el derecho al pagador a que aparezca su nombre o logotipo en actividades organizadas por el perceptor de la aportación que no están conectadas o relacionadas con el evento específico para el que se recibe la aportación. Y también en el caso de que el acuerdo de patrocinio reconozca el derecho en exclusiva del patrocinador a cualquier venta, distribución, uso de sus productos, servicios o instalaciones, la parte del pago atribuible al acuerdo de exclusividad tributa en el UBIT.

es el tipo de retorno que puede transformar una donación en un intercambio.

Por lo que afecta a este trabajo, lo importante es que el IRC permite dividir el negocio a la ENL a los efectos de tributación entre lo que es el mero reconocimiento (donación) y la actividad de publicidad (gravada). La sección 513(i)(3) determina la posibilidad de repartir las cuantías, de tal manera que si parte de la aportación se considera como un “*qualified sponsorship payment*” se tratará como una renta exenta de tributación, mientras que la otra parte tributará. Es decir, la parte que se satisfaga como mero reconocimiento no se computará como ingreso y sí lo hará la que se pueda calificar como publicidad(104). A estos efectos, la *Treasury Regulations* 1.513-4(d) determina que la parte que exceda “*del valor de mercado del beneficio sustancial obtenido*” se considera como reconocimiento del mecenas y no tributa(105). La ENL deberá mostrar de manera razonable que el pago excede de esa cantidad. Tributariamente el problema ha pasado a ser una cuestión de valoración, donde el mero reconocimiento no es ingreso por no tener un valor sustancial, pero el resto de actividades sí, y es necesario medirlas, lo cual parece que será complejo(106).

El anterior problema se ha planteado desde la perspectiva de la ENL, pero no desde el punto de vista del donante, donde se podría cuestionar si el gasto en que incurre puede ser calificado como gasto ordinario y necesario de la actividad (sección 162) o bien donación (sección 170). En general, se ha considerado que no existe una relación simétrica entre la calificación que la renta tenga para la ENL y la que se dé por parte de la empresa(107). Pero la razón radica en que para la empresa va a ser generalmente indiferente la calificación, en tanto el efecto va a ser el mismo se registre como gasto ordinario y necesario (sección 162) o como donación

(104) STONE (2007, págs. 249 y ss) hace referencia a otras soluciones que podían haberse adoptado ante el problema de las operaciones mixtas. Se podía haber acudido a una norma “*in terrorem*”, según la cual, si había publicidad, la totalidad de la operación se calificaría como comercial. Otra, es la de un “*safe harbour*”, en dicho caso, si la publicidad y el reconocimiento se mezclan, declarar exenta la totalidad de la operación si es claro que predomina el reconocimiento sobre lo que es la publicidad.

(105) Como excepción, la *Treasury Regulation* 1.513-4(c)(2)(ii) determina que no se tomarán en consideración los beneficios si el valor de mercado de la contraprestación que se le da al pagador no supera el 2% del total de las cantidades pagadas. Si se supera ese 2%, la totalidad que reciba (y no sólo a partir de ese 2%) se considera un “*substantial return benefit*”.

(106) De hecho, en el caso de la publicidad o reconocimiento es muy complejo valorar cuál es el valor de mercado, estando más capacitado para fijarlo no la ENL sino la empresa, que sabrá cuál es el retorno que espera obtener de esa publicidad (SUGIN, 2006-2007, pág.150).

(107) NOCJAR (2000-2001, pág. 39, nota a pie 192) señala que la caracterización que se dé por parte de la ENL es independiente de la que se gana por el donante, ya que la sección 513(i) no es el “*donor’s gatekeeper*” de las secciones 162 (donaciones) y 170 (deducciones).

deducible (sección 170) (STONE, 2007, pág 219)(108). El problema de base es, como veremos posteriormente, que para las empresas es posible entender que las donaciones se pueden incluso considerar como gastos ordinarios y necesarios porque atienden a la razón de mejorar los resultados de la entidad. Y en el caso de las empresas afirmar que el mero reconocimiento por parte de las ENL no tiene valor económico no es fácilmente sostenible(109). Por el contrario, muchas compañías valoran en términos económicos el reconocimiento del donante (“*halo effect*”) y lo que subyace es la dificultad de distinguir entre publicidad y reconocimiento(110).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Esta es quizás una de las cuestiones cuya similitud es más cercana a un problema que no está resuelto en España, como es el de los convenios de colaboración y la publicidad, aunque la aproximación es distinta. Desde el punto de vista de la ENL tanto los convenios de colaboración como el patrocinio están exentos en la Ley 49/2002 (art. 6). Otra cuestión distinta es si tiene sentido jurídico y económico que un patrocinio deba estar exento.

Pero desde el punto de vista del empresario pone de manifiesto una cuestión esencial y es desdoblamiento en dos de la operación. Lo que es meramente reconocimiento debe considerarse una donación. Lo que es prestación de servicios de publicidad debe tratarse como tal, como un servicio.

En España la norma no es clara. A mi juicio, en la reforma del mecenazgo expresamente debería reconocerse que el mero reconocimiento del donante en el caso de personas físicas es donación porque no tiene valor sustancial. Es decir, que aparezca el nombre de una persona física en un edificio, en unas jornadas, en una investigación, etc. no

(108) Por otro lado, la *Treasury Regulation* 1.162-20(a)(2) (“*Institutional or good will advertising*”) determina que los gastos de publicidad institucional o bien que presentan el nombre del contribuyente ante el público en general, son deducibles como gastos de negocios ordinarios y necesarios siempre que los gastos están relacionados con el patrocinio que pueda razonablemente esperar en el futuro. Por ejemplo, una deducción normalmente se permitirá por los gastos de la publicidad que presenta el nombre del contribuyente ante la opinión pública en relación con las contribuciones para alentar a organizaciones como la Cruz Roja, la compra de Bonos de Ahorro de los Estados Unidos, o la participación en causas similares. De manera similar, los gastos de publicidad que presenta puntos de vista sobre temas económicos, financieros, sociales, o de otra índole de carácter general, son deducibles siempre y cuando satisfagan los requisitos del artículo 162.

(109) Cuestión distinta puede ser el caso de las personas físicas, donde generalmente se puede aseverar que nos encontramos ante un regalo. STONE (2007, pág. 231) advierte que los donantes pueden hacerlo con el objeto de obtener una imagen de generosidad y responsabilidad que sea acorde con la comunidad. Sin embargo, lo cierto es que socialmente lo que se espera es que las ENL agradezcan las donaciones, porque en otro caso el donante se puede ver agraviado y la sociedad vería con malos ojos la actuación de la ENL.

(110) *Vide*, por todos, STONE (2007, págs. 236 y ss) quien califica de “fantasía” que el reconocimiento no tenga valor económico.

debe tener valor sustancial y debe asimilarse a una donación.

El caso de las empresas es distinto. Si se considera que el simple reconocimiento no impide la donación, tendrá incidencia en la tributación que el destinatario sea o no una ENL acogida a la Ley 49/2002, ya que sólo si está acogida dará lugar a la aplicación de los incentivos fiscales al mecenazgo. Si, por el contrario, se entendiera que el reconocimiento tiene un valor económico para la empresa, será deducible como gasto correlacionado con independencia de quien sea el destinatario.

4.5 *El reconocimiento del donante*

A pesar de que en el punto anterior se ha señalado que el mero reconocimiento del donante no implica contraprestación, sí creemos que resulta necesario resaltar una figura ampliamente difundida en Estados Unidos. Son las grandes aportaciones a las ENL donde en consideración a la misma la ENL denomina un determinado inmueble o partes del mismo (biblioteca, auditorio, laboratorio, etc.), colección, clínica, escuela, con el nombre del donante(111). DRENNAN (2011, págs. 56 y 57) advierte que en la actualidad no existe normativa específica cuando una ENL concede al donante el derecho a que se asocie su nombre a una determinada donación. El Departamento del Tesoro y el IRS no se han acercado a esta materia bajo los parámetros de dividir la operación entre donación y publicidad, sino que su postura ha sido valorar a cero estos derechos a que el nombre se reconozca, por lo que se considera que el 100% de lo aportado es una donación. En concreto, lo que se mantiene es que ser conocido como un benefactor no tiene significativos retornos, incluso cuando se pone el nombre a un edificio(112).

Esa calificación ha sido criticada por parte de la doctrina, especialmente cuando el reconocimiento al donante alcanza muchos años, y donde se firman acuerdos específicos reconociendo los derechos del donante. Por el contrario, y a pesar de las resoluciones del IRS y el Departamento del Tesoro, se mantiene que los derechos tienen valor y su tratamiento tributario tiene que ser dual, dividiendo la operación en donación y en precio por el valor de la publicidad del nombre (DRENNAN, 2011, págs. 61 y ss).

5 EL DIFÍCIL CONCEPTO DE DONACIÓN EN EL MUNDO EMPRESARIAL (RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA). ¿PUEDEN LAS PERSONAS JURÍDICAS HACER DONACIONES?

Como señalamos anteriormente, el sistema tributario del mecenazgo en Estados Unidos se

(111) DRENNAN (2011, pág. 55) señala que sólo en 2007 las ENL estiman haber recaudado más de 4.000 millones de dólares con derecho de reconocimiento del nombre por parte del donante.

(112) *Revenue Ruling* 68-432, 1968-2 C.B. 104 y *Treasury Regulation* § 53.4941(d)-2(f)(2)(1973)

focaliza en las personas físicas, que son quienes más contribuyen a las ENL en términos cuantitativos (más de dos tercios de las donaciones totales)(113). De hecho, el sistema tributario limita las deducciones de las entidades mercantiles al 10% de la base imponible frente al 50% en las personas físicas. Esto tiene que ver con la difícil justificación que se ha encontrado para que las empresas mercantiles puedan distribuir de manera gratuita fondos a terceras entidades cuando su objetivo fundamental debe ser la maximización del valor de las acciones.

5.1 Capacidad para hacer donaciones de las personas jurídicas

La primera cuestión que surge al hablar de la filantropía de las empresas mercantiles es si éstas pueden hacer donaciones y, en dicho caso, cuáles serían las funciones, los límites y el órgano adecuado para adoptar esta decisión (consejo de administración o accionistas) (por todos, BRUDNEY y FERRELL, 2002, págs. 1191 y ss). Los parámetros de las donaciones de las entidades mercantiles deben afrontar dos problemas:

(i) El principio de que cualquier gasto que realiza una entidad debe estar dirigido a preservar el valor de la compañía. De esta manera, la realización de un gasto está permitido si se espera un beneficio para la compañía o es razonable esperar dicho beneficio, pero no en caso contrario(114).

(ii) La justificación moral de dar donaciones es una cualidad humana. Se trata de dar algo a cambio del beneficio personal que se obtiene por ser una parte de la sociedad y sentirse realizado.

A pesar de las afirmaciones anteriores, lo cierto es que legalmente el Derecho sustantivo reconoce a las entidades mercantiles la posibilidad de hacer donaciones(115). Y tributariamente el IRC (sección 170) permite que las donaciones sean gasto deducible ya que, al ser las entidades y las personas físicas contribuyentes distintos, también aquellas deben

(113) SHAPIRA (2011-2012, págs. 1893 a 1895) señala que las empresas gastan entre 15.000 y 16.000 millones de dólares anuales en filantropía y entre las 100 mayores compañías la media es de 50 millones anuales. Señala que las donaciones son sólo un 1% de los beneficios antes de Impuestos y el 5% del total de las donaciones en USA.

(114) SCHOENJAHN (2011-2012, págs. 454 y 455) señala que la piedra angular del Derecho de sociedades en Estados Unidos ha sido la maximización de beneficios. Puede verse el trabajo de EISENBERG (1998, págs. 1 y ss).

(115) SCHOENJAHN (2011-2012, pág. 457) advierte que la mayoría de los Estados permiten a las entidades mercantiles realizar donaciones.

tener derecho al mecenazgo. Ha señalado ELHAUGE (2005, pág. 834) que una justificación para permitir las donaciones en las compañías es que en las decisiones de carácter empresarial es muy complejo discernir para los tribunales cuáles pueden ser una merma de beneficios y cuáles estar destinadas a incrementar los mismos. La diferencia debería estar fundamentada en qué tipo de retornos pueden esperarse con el fondo de comercio que supone las donaciones(116). También se ha justificado la existencia de donaciones en el hecho de que la sociedad mercantil sea considerada como un “*buen ciudadano*”, de tal manera que se obtenga un reconocimiento público por su actividad con relación a la sociedad (BRUDNEY y FERRELL, 2002, pág. 1153). Esto se enmarcaría dentro del retorno que cualquier entidad o persona entrega a la sociedad por el hecho de pertenecer a ella (además de lo que satisface por tributos). El problema son los límites. Parece que lo que no está tolerado son aquellos regalos que se pueden conceder sin recibir o esperar recibir *absolutamente* nada a cambio. Y superada esa frontera, no se cuestiona la posibilidad de donar, aunque sí los términos cuantitativos de la donación. Y la razonabilidad mercantil de la cantidad parece que se ha fijado a partir del límite establecido en la sección 170 del IRC para las donaciones de las entidades mercantiles. Si la donación excede del 10%, la entidad mercantil se puede enfrentar a demandas judiciales en tanto los tribunales emplean de forma habitual dichos límites para considerar cuándo una donación es razonable (SCHOENJAHN, 2011-2012, pág. 465)(117).

5.2 Opción tributaria: la deducibilidad de las donaciones realizadas por las personas jurídicas

Desde el punto de vista tributario, se ha planteado el diferente trato tributario que tiene la donación cuando se realiza por la persona jurídica de manera directa o bien por la persona física con los dividendos que obtengan de la propia entidad. La diferencia de trato se fundamenta en que los dividendos no son deducibles para la sociedad mientras que sí lo son las donaciones. De esta manera, si son las personas físicas las que moralmente tienen capacidad para dar donaciones, cuando la sociedad dona, realmente lo que se estaría produciendo es una donación por parte de los accionistas o de los administradores indirecta, que en lugar de recibir primero los dividendos -no deducibles para la sociedad- y donar, lo hacen directamente a través de la sociedad, pero obteniendo mejores condiciones

(116) Y esto se vincula de forma directa con la *business judgment rule*, según la cual se presume que los administradores cuando hacen una inversión actúan con información suficiente, con buena fe, y en la creencia de que la acción se toma en beneficio de la compañía. Por tanto, salvo que los accionistas puedan probar que los administradores abusaron al tomar una decisión, los tribunales no fallarán en contra de los administradores (*vide* SCHOENJAHN, 2011-2012, pág. 456).

(117) Señala SUGIN (2006-2007, pág. 138) que los tribunales de Delaware han incorporado como requisito que la donación debe ser razonable en la cuantía y razonable en el propósito (Theodora Holding Corp. v Henderson, 257 A.2d 398 (Del. Ch 1969).

económicas(118). Tomando en consideración el régimen y los tipos impositivos en España, imaginemos que una persona jurídica obtiene un beneficio de 100 unidades y paga impuestos al 30% en el IS. Esto daría igual a una cantidad disponible de 70 unidades que se distribuirían al accionista. Por tanto, la persona física dispondría de 70 unidades para el mecenazgo en lugar de las 100 unidades que tendría la persona jurídica.

La conclusión a que lleva en el anterior análisis es que permitir la deducción por mecenazgo en sede de la sociedad supone que la donación realizada a las ENL pueda ser mayor que si la realiza la persona física (100 en la persona jurídica frente a 70 en la persona física en España)(119). Esto se ha interpretado en USA como una desviación positiva del legislador a favor del mecenazgo de las personas jurídicas frente al de las personas físicas, aunque no existe constancia de que la intención fuera esa, sino el hecho de reconocer el mismo derecho a donar de una persona jurídica que el de una física (SUGIN, 2006-2007, págs.129-130). Y la magnitud de la desviación dependerá del tipo de gravamen en el IS, a mayor tipo impositivo, mayor desviación.

5.3 *Los problemas de agency-cost y la responsabilidad del órgano de gobierno*

Las donaciones realizadas por las entidades empresariales han dado lugar mercantilmente al problema del *agency-cost*(120). En las entidades donde la propiedad y la administración no son las mismas, el órgano de administración puede realizar actividades filantrópicas en beneficio personal y no buscando ni el beneficio de la compañía ni el de los accionistas(121). De hecho, legalmente, para que opere la deducción por mecenazgo de la sección 170 no se ha establecido ninguna restricción o limitación a que las donaciones las haga el órgano de

(118) Puede verse al respecto KNAUER (1994, págs. 45 y ss). En el caso de los administradores el análisis es distinto, porque se consideraría para la sociedad gasto deducible por retribución e ingreso en el IRPF para los mismos, que, a su vez, podrían deducirse por mecenazgo pero con los límites legales.

(119) Señalan BRUDNEY y FERRELL (2002, págs. 1221-1222) que impedir la deducción por donaciones en las personas jurídica implicaría que los fondos para el mecenazgo se reducirían por motivos fiscales, en tanto que la tributación por dividendos haría que el remanente disponible para donar fuera menor.

(120) Se dice que hay un problema de *agency-cost* cuando los accionistas o propietarios de una entidad y el órgano de gobierno no están conformes en qué decisiones son mejores para la empresa y eso implica un coste interno.

(121) Sin embargo, BRUDNEY y FERRELL (2002, págs. 1200-1201) señalan que los posibles beneficios que pueden obtener los representantes del órgano de administración son demasiado efímeros para poder considerarse como una adquisición a cambio de la donación.

gobierno de forma autónoma. Por tanto, cualquier donación realizada a una ENL privilegiada, y con independencia de cuestiones internas de la sociedad, daría derecho al beneficio fiscal de la deducción.

5.4 *Gastos correlacionados con las actividades, responsabilidad social corporativa y donaciones*

La problemática que hemos apuntado anteriormente sobre la capacidad de una persona jurídica para hacer donaciones ajenas a su actividad, debido al principio de que la totalidad de los gastos de las sociedades mercantiles deben estar destinados a maximizar el beneficio, es una cuestión íntimamente ligada a la deducibilidad como gasto correlacionado con los ingresos de las personas jurídicas(122). De hecho, en Estados Unidos se ha manifestado que mientras que la normativa ha seguido evolucionado en aspectos tales como la Responsabilidad Social Corporativa u otras cuestiones fiscales, la normativa del mecenazgo del IS ha quedado obsoleta. Y el problema que existe en la normativa es que las donaciones de empresas se están mezclando de manera indistinguible con gastos ordinarios relacionados con la actividad, donde las inversiones y gastos realizados se ubican entre filantropía y búsqueda de beneficios empresariales (SUGIN, 2006-2007, pág.127)(123).

En este sentido, la sección 162(a) del IRC determina que serán deducibles fiscalmente todos los gastos “*ordinarios y necesarios*” para la producción de los ingresos. Se trata de los gastos necesarios para que una entidad pueda obtener rentas positivas, y que se interpreta como “*apropiados y útiles*” con relación a las actividades (WELCH v. HELVERING, 290 US 111, 113, 1933). Por su parte, la sección 170 del IRC determina la deducibilidad de las “*charitable contribution*” en la base imponible, entendiendo por tales aquellos que no tienen como objetivo

(122) Señala HALPERIN (2011, nota a pie 59) que no existe en la normativa una referencia sobre la no deducibilidad de los gastos no correlacionados, pero parece que los Tribunales determinan que no son deducibles los gastos no destinados o correlacionados, por aplicación de la sección 162, a la producción de ingresos o beneficios.

(123) Una de las cuestiones que se ha propuesto es, precisamente, la posibilidad de que el mecenazgo sea reemplazado por regla general de gastos deducibles correlacionados con los ingresos (*ordinary business expenses*). SUGIN (2006-2007, págs.127-128) mantiene que dicha aproximación, si bien no cambiaría el resultado final en tanto el gasto seguiría siendo deducible, sí que podría implicar una mejora de la normativa. Afirma que tendría efectos positivos para los accionistas, para el sistema tributario, las ENL, supondría incrementar la coherencia del Impuesto sobre Sociedades, simplificaría el tratamiento de los gastos deducibles, minimizaría los costes de agencia de las donaciones y serviría para racionalizar el tratamiento tributario de las donaciones de las personas físicas.

obtener una rentabilidad(124). Es decir, los gastos necesarios están destinados a maximizar los resultados de la empresa, y, por eso, son deducibles, mientras que las donaciones de la sección 170 implican una reducción del beneficio de la entidad (SUGIN, 2006-2007, pág. 135)(125). Sin embargo, y como hemos señalado, el problema real en el ámbito de las sociedades mercantiles es que no están nítidos los perfiles de cuándo hay donaciones que sacrifican el beneficio empresarial frente a las donaciones que están destinadas a incrementar dicho beneficio (ELHAUGE, 2005, pág. 834).

La cuestión de base que se plantea en las empresas es que la tradicional concepción de las *donaciones*, como *gastos* que no llevan aparejados beneficios o que no son ordinarios y necesarios para la obtención de rentas, debe someterse a revisión. De la misma manera que en muchos casos una empresa decide gastar más en cierto tipo de bienes y derechos que no son necesarios directamente para la obtención de beneficios (como aquellos que preservan el medio ambiente o van destinados a unas mejores condiciones personales de los trabajadores) pero sí son fiscalmente deducibles(126), las donaciones a ENL en que incurre una empresa se harán normalmente con el ánimo de obtener algún beneficio presente o en el largo plazo(127). Las empresas, cuando hacen donaciones, lo podrían hacer con total desinterés (lo que presenta serios problemas mercantiles) o, por el contrario, esperar algo a

(124) Por su parte, la sección 162(b) establece que no serán deducibles dentro de la sección 162 las donaciones deducibles por la sección 170.

(125) Es importante reseñar que la discusión del gasto de la sección 162 y de la donación del 170 es al final una cuestión menor en tanto las transferencias realizadas a una ENL privilegiada serán deducibles ya sea directamente o a través de donaciones. El tratamiento fiscal es el mismo. La cuestión sólo puede tener interés cuando la ENL no sea privilegiada o cuando opere el límite del 10 por 100 de la base imponible para las donaciones.

(126) En términos económicos, las empresas pueden elegir las opciones que consideren precisas para producir, aunque sean más caras. Se pueden elegir máquinas, coches, restaurantes, edificios, métodos más caros que otros y serían fiscalmente deducibles y no se cuestiona que no lo puedan ser.

(127) KLEIN y DU PLESSIS (2005, págs. 93 y 94) hacen mención a la propuesta de reforma del Derecho de Sociedades en el Reino Unido recogido en el Libro Blanco del Ministerio de Comercio e Industria, donde se mantiene que los administradores deben promover el éxito de la compañía para el beneficio de sus socios, pero que esto sólo puede ser logrado tomando en consideración actuaciones a largo plazo e intereses más amplios, tales como los de los trabajadores y el impacto de las operaciones de la compañía en la comunidad y en el medioambiente. El Gobierno entiende que el objetivo de los administradores debe ser obtener el máximo valor para los accionistas, pero al mismo tiempo se reconoce que no se puede hacer esto centrándose en el corto plazo sin construir relaciones a más largo plazo (trabajadores, clientes, proveedores, y la comunidad en general).

cambio presente o futuro, determinado o indeterminado(128). Si la entidad pudiera obtener algún tipo de beneficio la aportación o el gasto sería deducible bajo la sección 162 como gasto ordinario y necesario. Y sólo en caso contrario entraría en juego la deducción por donaciones (SUGIN, 2006-2007, págs. 142-143). Pero en el actual Derecho de Sociedades se ha mantenido que en términos económicos muchas de esas donaciones no sacrifican el beneficio empresarial, sino que de alguna manera buscan un beneficio destinado a mejorar la entidad(129). Es decir, la política de donaciones de las empresas no se hace por desinteresada generosidad, sino condicionada a que se puedan integrar con la política de maximización de beneficios(130). En algunos casos, las entidades realizan lo que se denomina filantropía estratégica, donde se crean o mantienen relaciones estrechas con ENL con el objeto de buscar algo más que el marketing y que supongan un beneficio directo para la entidad(131). Se trataría, realmente, de una inversión o gasto más de la propia actividad realizado a través de una ENL. Y junto a este tipo de mecenazgo, están también las donaciones realizadas a terceras entidades o instituciones. Estas transferencias se hacen en muchos casos con el objeto de incidir en las preferencias de los consumidores o de incrementar su lealtad, o bien para incentivar la contratación y retención de personal así como para dar respuesta a lo que la sociedad espera de una entidad. Por tanto, no es necesaria la existencia de una filantropía estratégica, sino que cualquier donación realizada a una ENL puede decirse que contribuye

(128) Señala BENSALOM (2009, pág.1088) que en un mercado de carácter competitivo las empresas no deberían poder permitirse el lujo de hacer donaciones, en tanto supondría incrementar sus costes y de capital y evitarían que pudieran competir de manera eficiente con otras firmas.

(129) SCHOENJAHN (2011-2012, pág. 463 y ss) recoge las afirmaciones de BILL GATES relacionadas con la necesidad de participar en actividades en beneficio de los necesitados, donde entiende que esta participación, aun cuando suponga un gasto, incrementará la reputación de la compañía y atraerá a trabajadores brillantes y cualificados a la entidad, lo que supondrá un aumento del precio de las acciones de la sociedad. POSNER criticó la postura de GATES entendiendo que si una entidad mercantil puede incrementar los beneficios mediante la construcción de una reputación positiva, el motivo real para actuar de esa manera no es el reconocimiento o una acción para sentirse mejor, sino el interés en mejorar los beneficios.

La anterior discusión pone de manifiesto el problema fiscal. Si el objetivo es mejorar los resultados de una entidad a largo plazo, el gasto debería ser fiscalmente deducible al estar correlacionado.

(130) Puede verse, KNAUER (1994, pág. 4), EISENBERG (1998, págs. 25 y 26), BENSALOM (2009, pág.1088).

(131) Es el caso, por ejemplo, de una empresa informática que constituyera una ENL con el objeto de enseñar de manera gratuita el uso de sus programas. Con esta actividad prepara personal experto que luego incluso puede incorporar, además de hacer que varias personas se especialicen en el uso de los mismos y los apliquen en sus empresas.

a la reputación de una entidad en la sociedad y en mercado(132).

De esta manera, el análisis del *quid pro quo* puede hacerse al margen de que la ENL le dé un retorno directo. Si es posible entender que recibe algún beneficio directo de la ENL, el gasto será inmediatamente deducible por ser necesario y ordinario (sección 162). Pero si no lo recibe, el análisis de la deducibilidad no debe hacerse sólo en función de que la empresa reciba alguna contraprestación directa de la ENL. Debe aceptarse que ese beneficio o contraprestación venga de manera indirecta de terceras personas ajenas a la ENL (SUGIN, 2006-2007, págs. 148-149). De esta manera, se plantea que la norma debería reconsiderar la calificación de donaciones y poder entender que los donativos de las empresas deban analizarse bajo los parámetros de los gastos deducibles ordinarios (sección 162)(133).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. El problema que plantean en Estados Unidos las donaciones, gastos correlacionados y Responsabilidad Social Corporativa (RSC) es plenamente aplicable al caso Español.

Una de las primeras cuestiones que debe plantearse en la reforma del mecenazgo es si tributariamente resulta aceptable el no considerar como gasto deducible los “*donativos o liberalidades*” [art. 14.1(e) del TRLIS] o, por el contrario, cuando una entidad dona lo hace fundamentándose en la RSC y buscando beneficios indirectos futuros y, en consecuencia, dicho gastos sí podrían ser deducibles.

En España esta cuestión está huérfana, excepto por una contestación de la DGT en el IVA a propósito de los servicios jurídicos pro-bono. La DGT ha determinado en su Contestación de 26 de octubre de 2009 (consulta núm. V2396-09) que “*De la información facilitada en el escrito presentado se deduce que el «programa de asesoramiento y de formación jurídica gratuito» desarrollado por la consultante se dirige a la promoción de la firma, por cuanto contribuye a mejorar su percepción por parte de la opinión pública en general, y a la atención para los profesionales de la entidad, captando profesionales con talento que tengan inquietudes sociales, todo ello dirigido al mejor cumplimiento a los fines empresariales propios de la consultante. En tales*

(132) De hecho, se ha señalado que la deducción por donaciones de la sección 170 puede ser incluso más beneficiosa que la deducción por gastos ordinarios de la sección 162. Esto puede ocurrir en varios casos (BENSHALOM, 2009, págs.1089 y 1090). Así, cuando se donan cantidades a fundaciones vinculadas, de tal manera que se tiene derecho a la deducción de forma inmediata para gastos que la fundación hará en el futuro y que controla la propia entidad (*money parking*). O cuando donaciones que son realmente publicidad “plurianual” en lugar de periodificarse se computan como gasto desde el primer momento. Por último, en el caso de donaciones de activos donde la base de la deducción es el “valor de mercado”, se pueden deducir sin tributar por el beneficio de la revalorización.

(133) SUGIN (2006-2007) y BENSHALOM (2009, pág.1088). EUSTICE (2012, ¶5.03) afirma que partiendo de la base de que todas las transacciones que no sirven a los intereses de la compañía no son verdaderas operaciones de la entidad, puede sostenerse que las donaciones tuvieran que ser deducibles como gastos ordinarios, si no operará la limitación de la sección 162(b).

circunstancias, y de acuerdo con los criterios establecidos en los apartados anteriores, no resulta procedente entender que la prestación del servicio de asesoramiento y formación gratuitos satisface necesidades privadas, dado que su finalidad consiste, en última instancia, en la provisión de un servicio que sirve primordialmente a los fines de la empresa". Como puede verse, son los mismos argumentos que se emplean en la doctrina de los Estados Unidos con relación a la Responsabilidad Social Corporativa. Dicha contestación supone reconocer en el ámbito del IVA que las actividades gratuitas en un despacho de abogados se realizan por interés empresarial del propio despacho y no por una voluntad de empobrecerse. Se busca un beneficio futuro y mediato. Y aunque el tratamiento del IS no fue abordado por la DGT, precisamente por el mismo fundamento que se emplea a los efectos del IVA, todos los costes y gastos para prestar los servicios gratuitos deben ser deducibles en el IS a pesar de que el artículo 14.1(e) del TRLIS impide la deducción de los donativos y liberalidades.

En la Ley 49/2002 existe un precepto que se enmarca directamente en la RSC. Se trata del actual artículo 26, que determina que para las empresas tendrán la consideración de *"deducibles los gastos realizados para los fines de interés general a que se refiere el número 1 del artículo 3 de esta Ley"*. Este precepto permite que sean las empresas quienes realicen directamente este tipo de actividades y disfruten de un beneficio fiscal por ello sin contar con las ENL. Este precepto, que entra en colisión directa con el artículo [art. 14.1(e) del TRLIS] presenta numerosas dudas que han sido expuestas por la doctrina sobre su alcance. En el ámbito de la DGT y la jurisprudencia ha tenido un tratamiento casi nulo. Se trata de uno de las cuestiones que deben ser objeto primordial de atención en la nueva reforma de la Ley del Mecenazgo para determinar su ámbito de aplicación.

En definitiva, en la próxima reforma de la Ley del Mecenazgo un paso previo debe ser definir el concepto de donativo y liberalidad no deducible fiscalmente y su relación con la RSC. Si se pudiera entender que los donativos y liberalidades realizados por las empresas, ya sean dinerarios o en especie, son deducibles sin límite si se vinculan a la RSC, los actuales parámetros de la Ley 49/2002 deberían ser objeto de una revisión profunda, en tanto las empresas podrían donar a cualquier entidad, acogida o no a la Ley 49/2002, realizar directamente actividades de cualquier tipo, y el gasto sería, al menos, deducible a su tipo de gravamen. Es decir, podrían no necesitar una Ley de Mecenazgo en los actuales términos.

En efecto, el beneficio tributario de considerar un gasto deducible en la base imponible frente a una deducción en la cuota depende de la diferencia de tipos. Si el gasto por RSC fuera deducible en base al tipo del 30 por 100 y la deducción en la cuota es del 35 por 100 por mecenazgo, el beneficio sería tan limitado (un 5 por 100) que realmente la Ley de Mecenazgo podría quedar vaciada de contenido. Y más si, como ocurre en la actualidad, los gastos deducibles en base carecen de límite mientras que las deducciones en cuota no puede exceder para cada año del 10 por 100 del resto de la base imponible (art. 20.2 de la Ley 49/2002). Pero si la reforma proyectada fueran unos incrementos de tipos en cuota elevados de hasta el 60% para las personas jurídicas, el régimen de deducción en la cuota sería mucho más beneficioso que el de gasto deducible y la Ley de Mecenazgo supondría un verdadero beneficio frente a la RSC.

La RSC no debe vincularse a la Ley 49/2002. Cualquier entidad mercantil podría donar, prestar servicios gratuitos, organizar eventos, etc., en favor de una ENL de la Ley 49/2002, de otro tipo de ENL o, incluso, de las personas físicas directamente. En dicho caso, una concepción amplia de la RSC implicaría que el gasto pudiera ser deducible directamente. Sin embargo, si la RSC se confeccionara mediante donaciones a ENL de la Ley 49/2002, lo que el legislador determinaría es un régimen especial más beneficioso para este tipo de actividades. Y ese régimen pasaría porque los tipos de deducción en la cuota serían muy superiores al tipo de deducción en base.

6 EL RÉGIMEN DEL MECENAZGO PARA LAS PERSONAS FÍSICAS

6.1 Características generales

En el IRPF el régimen del mecenazgo se ha determinado mediante un sistema de reducción en la base imponible del obligado tributario (*Adjusted Gross Income*). Se reduce el importe donado si la donación es monetaria o, como veremos, el valor determinado conforme a la normativa en el caso de donaciones en especie, que suele ser el valor de mercado. Por tanto, desde el punto de vista económico, el impacto de la desgravación fiscal depende del tipo de gravamen del donante. Pero no del tipo medio, sino del marginal, en tanto un gasto en la base imponible se deduce del último tramo, de tal manera que el ahorro fiscal se determina en función de los tipos marginales. De esta forma, en una donación de 100 unidades, si el tipo de gravamen es del 15%, el beneficio fiscal será, precisamente, de 15 unidades, mientras que si su tipo es del 35%, el beneficio será de 35.

6.2 La opción por el mecenazgo

La reducción por mecenazgo se califica como una "*itemized deduction*" cuyo significado se opone al de "*standard deduction*". En el IRPF de USA, las personas físicas van a determinar su base imponible mediante la deducción de los ingresos de aquellos gastos que sean deducibles. Y, además, pueden elegir entre deducirse la "*standard deduction*", que es una deducción a tanto alzado que no necesita justificación o bien las "*itemized deduction*", que son ciertos tipos de deducción cuya aplicación se hace de manera individual en función de los gastos que efectivamente justifique(134). Y entre estas últimas se encuentran las donaciones. De esta manera, si opta por acogerse a la deducción estándar, no podrá aplicar la reducción por mecenazgo. Y sí podrá si opta por el sistema de identificar las deducciones de forma

(134) El JOINT COMMITTEE ON TAXATION (2011, pág. 7) señala que para 2011 la deducción estándar era, en dólares, 5.800 para solteros y casados que tributen de forma separada, 8.500 para cabezas de familia y 11.600 para quienes tributen en declaración conjunta. Dentro de las "*itemized deduction*" están los intereses de las hipotecas, tributos locales y gastos médicos que excedan de un porcentaje de la base imponible.

individualizada. A efectos prácticos, el anterior sistema supone que no todo el que dona ejerce su derecho al incentivo fiscal del mecenazgo de una forma particularizada. Esto supone que los datos reales sobre el mecenazgo no estén determinados de forma correcta.

6.3 *Los límites de deducción sobre la base imponible*

La reducción en la base imponible por las donaciones está limitada en función de un porcentaje sobre la propia base imponible(135). Y si ese límite se supera, no procede la deducción en ese ejercicio pero se puede arrastrar en ejercicios futuros, operando de igual manera los límites. El límite anual se aplica en función de dos variables; tipo de rentas y ENL destinataria (*public charity* o *private foundation*)(136).

La existencia de límites para proceder a las deducciones comenzó ya en 1917, donde se estableció un límite del 15%. Sin embargo, y con anterioridad a la reforma de 1969, si se daban ciertas condiciones, se podía deducir el total de la donación sin límites(137). El actual sistema de límites se impuso con la *Tax Reform Act* de 1969, aunque en opinión de STEUERLE y SULLIVAN (1995, pág. 409) los instrumentos elegidos operan de forma aleatoria y arbitraria a través de los tipos de rentas y contribuyentes.

Antes de hacer referencia a los límites resulta necesario detenernos en el concepto ganancias de capital (*capital gain property*), que son transmisiones de activos, sean personales o afectos a actividades empresariales, de una antigüedad mayor al año. Quedan fuera las existencias o consumibles y todas las ventas de menos de un año(138). En el caso de donaciones de estas

(135) En Estados Unidos, se pueden compensar en ejercicios posteriores las bases imponibles negativas pero, además, si en un ejercicio se ha tenido pérdidas y en el anterior rentas positivas, se pueden traer al ejercicio anterior dichas rentas negativas (*carry back*) y compensarlas, lo que dará lugar a una devolución del tributo. La sección 170(b)(1)(G) determina que el límite de la reducción en la base imponible se hará con anterioridad, en su caso, a la compensación con las bases imponibles negativas de años posteriores.

(136) Anteriormente hicimos mención a los complejos conceptos de *public charity* y de *private foundation*, siendo la principal diferencia que en el caso de estas últimas hay unos pocos donantes que tienen el control de la ENL.

(137) HALPERIN (2002-2003, págs. 23 y 24) señala que con anterioridad a 1969 había una posibilidad de deducir de forma ilimitada si se cumplían una serie de requisitos. Advierte que, posiblemente, la derogación de esa deducción ilimitada estuvo relacionada con la posibilidad de donar propiedades apreciadas donde no se tributaba sobre la ganancia de patrimonio obtenida como consecuencia de la donación. El tratamiento de las donaciones en especie se verá con detenimiento en un apartado posterior.

(138) Estos activos son no sólo personales sino también de carácter empresarial.

ganancias de capital, hay una segunda variable y es que el obligado tributario puede optar por computar como base de la deducción o bien a su valor de mercado en caso de que se hubiera vendido o de coste, teniendo efectos en el límite de la deducción. De esta manera, el régimen de deducciones quedaría de la siguiente manera:

(i) En el caso de donaciones en dinero y de bienes y derechos que no sean ganancias de capital, el límite de la base imponible es del 50% si el beneficiario es una *public charity* o del 30% si el beneficiario es una *private foundation*.

(ii) Donaciones de bienes y derechos que sean ganancias de capital donde los obligados tributarios computen su valor de mercado (*appreciated capital gain property*): el límite sería del 30% si el beneficiario es una *public charity* o del 20% si el beneficiario es una *private foundation*. Como puede verse en este caso, la normativa ha optado por limitar los beneficios⁽¹³⁹⁾. En el caso de donaciones en especie, se toma generalmente como valor de la deducción el de mercado y no el de coste de adquisición. Eso implica que haya un beneficio tributario adicional al no tributar la apreciación del bien. Y ese beneficio adicional se compensa reduciendo el límite de deducción anual.

(iii) En el caso de donaciones de bienes o derechos que se califiquen como ganancias de capital (activos de más de un año) y donde el contribuyente opte por no computar el valor de mercado y sí el valor de coste (siempre que el valor de mercado sea superior al de coste), el límite de la base imponible es del 50% si el beneficiario es una *public charity* o del 30% si el beneficiario es una *private foundation*. En este caso, como puede verse, se le da al contribuyente la opción de reducir el importe de la donación a cambio de aumentar el límite de la misma, de tal manera que para donaciones importantes se puede cambiar pagar menos tributos ahora (valor económico del dinero) a cambio de reducir el importe de la deducción.

(iv) El último tipo de donaciones son las realizadas "*for the use*" de la ENL. Estas donaciones cubren los gastos por servicios realizados por los contribuyentes, como veremos posteriormente, así como aquellas donde la ENL tiene reconocidos legalmente unos derechos exigibles (*in trust for*). En este caso, el límite del 50 por 100 se reduce al 30 por 100, y las de capital del 30 al 20%.

Una cuestión importante con relación a la aplicación del límite del 50% sobre la base imponible tiene que ver con las compensaciones de resultados negativos de ejercicios anteriores. La sección 170(d)(1)(B) y la *Treasury Regulation 1.170A-10 (Charitable contributions carryovers*

(139) HALPERIN (2002-2003, pág. 24) señala que cuando se modificó la norma para incrementar los límites hasta el 50% se limitó al 30% en el caso de propiedades apreciadas en tanto el Congreso quizás entendió que aumentar los límites podía dar lugar a abusos.

of individuals) determina que la reducción por mecenazgo se hace con anterioridad a la compensación de resultados de ejercicios anteriores. Es decir, si en el año X-1 tenía unas pérdidas compensables de 100, y en X tiene una base imponible positiva de 80 y dona 35, a efectos impositivos, la base liquidable de X será de 45 (80 menos 35) y, además, podrá compensar las pérdidas del año X-1 hasta dejar a cero el resultado de X. Lo que falta por compensar (55 unidades) lo podrá hacer en el año X+1.

6.3.1 Justificación de los límites

Los límites actuales se impusieron con la *Tax Reform Act* de 1969(140). La justificación de la existencia de límites resulta compleja. STEUERLE y SULLIVAN (1995, págs. 409 y 410) señalan que si la deducción por mecenazgo está pensada para incrementar las donaciones, no tiene sentido limitar la deducción a medida que la donación se hace mayor con relación a la renta(141). Desde el punto de vista de la equidad vertical, y partiendo del ejemplo de la limitación del 50%, carece de sentido que si una persona gana 40.000 dólares y dona 25.000 vea limitada su donación pero si gana 100.000 y dona 25.000 no opere ese límite. Señalan estos autores (STEUERLE y SULLIVAN, 1995, págs. 409 y ss) que las razones pueden ser, por un lado, que si se consideran las deducciones por mecenazgo como una transferencia de fondos del Estado a una ENL, el límite puede servir como una restricción a la cantidad de fondos públicos que se puede adjudicar de manera directa por los contribuyentes(142). La segunda razón es que se entienda que los donativos no pueden hacer que una persona no pague impuestos (tributación mínima), debiendo pagar al menos una determinada cantidad(143).

(140) Con anterioridad a 1969, se permitía deducir el 100% de lo donado si se daban ciertos requisitos. El Tesoro sostenía que siempre debían pagarse impuestos, pero proponía un límite del 80% sobre la base imponible. Por contra, el presidente NIXON entendía que se podía exigir impuestos sobre la mitad de sus rentas, pero no sobre la otra mitad que se destinara a donaciones (STEUERLE y SULLIVAN, 1995, pág. 410).

(141) Señala SCHIZER (2008-2009, pág. 238) que si queremos que el sistema tributario del mecenazgo incremente las donaciones es contraproducente que operen los límites. Así, debido a que es más desalentador regalar el 60% de sus ingresos que el 10%, es perverso tener peor régimen fiscal para el primero. Por su parte, POZEN (2006, pág. 561) afirma que si la finalidad de la deducción por mecenazgo fuera maximizar el bienestar social los límites carecerían de justificación.

(142) BENSHALOM (2009, págs. 1.081) señala que en tanto las deducciones por mecenazgo son decisiones de particulares sobre dinero público que deberían residir en la mayoría, es necesario un límite para que la pérdida de recursos fiscales no sobrepase un determinado umbral.

(143) Mantienen STEUERLE y SULLIVAN (1995, pág. 415) que si lo que se busca es un impuesto mínimo, podrían plantearse otras alternativas. Una que el límite del 50% se aplique sólo a donaciones que superen una cierta cuantía (como 50.000 dólares por persona), de tal manera que el impuesto

En cualquier caso, y con relación a la efectividad del límite hasta el 50% e incluso el del 30%, se parte de la base de que pocos contribuyentes van a donar tales cantidades, y en el caso de que lo hagan, pueden compensarla en los 5 años siguientes. Sin embargo, reconocen que la imposición de límites hará que los donantes acomoden sus donaciones para obtener el máximo beneficio fiscal, de tal manera que no donen cada año lo que les gustaría, sino en función de cómo optimizar su situación tributaria.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Esta es una de las cuestiones más criticables en España frente al Derecho de los Estados Unidos. La operativa del límite del 10 por 100 sobre la base liquidable (art. 69.1 del LIRPF), unida al hecho de que el exceso no se puede compensar en años posteriores, parece poner de manifiesto que el Legislador tiene una visión negativa del mecenazgo, en tanto no permite beneficiar más que en una cantidad poco significativa y que opera, además, sobre la base liquidable. Es decir, la obligación de contribuir al Estado se sobrepone a cualquier otro interés de una manera que no deja lugar a dudas.

Si se quiere optar por incentivar las donaciones y el mecenazgo, estos límites sería necesario modificarlos. En Estados Unidos, un contribuyente con una base de 200.000 unidades que dona 100.000, podría deducir por mecenazgo las 100.000 a su tipo marginal (imaginemos que es 35%), lo que supondría 35.000. En España, si con una base de 200.000 euros dona 100.000 podría deducirse sólo 20.000 al tipo del 25%, es decir, 5.000 unidades. En términos cuantitativos, en Estados Unidos se ha deducido 7 veces más.

Y hay que tener en consideración que lo normal es que los contribuyentes donen en función de lo que esperan deducir fiscalmente, porque precisamente para eso se incentiva fiscalmente el mecenazgo.

La segunda idea importante es de tipo técnico y sobre cómo opera la reducción. En Estados Unidos sólo se toma en consideración las rentas del ejercicio, antes de compensar las pérdidas de años anteriores. En el caso español esta idea sería importante tomarla en consideración, en tanto los límites del 10 por 100 se realizan sobre las rentas de ese año minoradas con las rentas negativas del año anterior, lo que supone un perjuicio para el mecenazgo injustificado.

6.4 *La compensación en años futuros*

La aplicación de los límites anteriores sobre la base imponible puede dar lugar a que el total de la donación no sea aplicable en dicho período. Así, si en un ejercicio la base imponible fuera de 200.000 dólares, y una persona física donara 140.000 dólares, la deducción máxima a aplicar sería de 100.000 dólares (50% de 200.000 dólares). Por tanto, habría perdido en ese

mínimo se aplicará a contribuyentes con grandes rentas. Otra que se establecieran excepciones a ese límite en función de distintos tipos supuestos, como aquel donde se obtiene una recompensa elevada y se quiere donar dicha cantidad.

ejercicio el derecho a la deducción por valor de 40.000 dólares. En dicho caso la normativa permite que ese exceso sea compensado durante los 5 siguientes ejercicios. En concreto, la sección 170(d)(1)(A) determina que las cantidades donadas no absorbidas por el límite del 50% será consideradas como donaciones de los cinco años siguientes (que serán imputadas por orden de cada ejercicio y en función de los límites de deducción aplicables por la naturaleza de la donación). Es decir, se computa como si fuera una donación realizada en dicho ejercicio, y si la aplicación del límite del 50% opera, entonces se lleva al siguiente. Por tanto, primero se deduce la donación del propio ejercicio y luego el remanente del anterior(144).

Esta disposición unida a los límites tan significativos nos lleva a concluir que la normativa americana tiene como finalidad permitir que las personas físicas que obtengan renta tengan derecho a beneficiarse en la mayoría de los casos del 100 por 100 de sus beneficios fiscales por mecenazgo.

INCIDENCIA PARA ESPAÑA. Esta es quizás una de las grandes lagunas del sistema de mecenazgo español. La aplicación de un límite anual del 10 por 100 unido a que las cantidades no aplicadas al ejercicio no se puede llevar a ejercicios futuros supone una concepción del mecenazgo pensada para beneficiar un mecenazgo de mínimos. Es decir, la voluntad del legislador no es que el mecenas acceda a los beneficios fiscales, sino que no pueda gozar de ellos si el importe y la cuantía es significativa. Si se quiere incentivar el mecenazgo debería permitirse compensar en los años siguientes las deducciones no aplicadas por operar los límites sobre la base liquidable.

7 EL RÉGIMEN DEL MECENAZGO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

En el Derecho de Estados Unidos las donaciones se configuran como gastos no deducibles al no ser necesarios ni ordinarios. Sin embargo, la sección 170 (a)(2) sí permite la deducción de las donaciones realizadas a ENL privilegiadas. La deducción se realiza en la base imponible, pero se identifica no como un gasto ordinario y necesario (sección 162) sino como una donación (sección 170) y, por tanto, sometida a límites. Con arreglo a la sección 170(b)(2) las deducciones por donaciones en el período impositivo no podrán exceder del 10 por 100 de la base imponible(145). Es decir, a diferencia de lo que sucede en el caso de las personas

(144) Técnicamente lo que se hace es que no se prorroguen las deducciones más años de los cinco correspondientes. Es decir, si en el año X no pude compensar 100 y en el año X+1 hago una donación de 60 cuando en ese año X+1 puede compensar sólo 60, lo que se hace es compensar íntegramente las 60 de ese año, pero no 60 del año anterior y ninguna de este año, porque, a efectos prácticos, eso supondría ganar un año para compensar.

(145) La sección 170(b)(2)(C) define el concepto de base imponible a los efectos de determinar la deducción.

físicas, donde la limitación es hasta el 50%, en el caso de las personas jurídicas es sólo hasta el 10%. Como hemos señalado anteriormente, bajo la perspectiva de Estados Unidos, en las personas jurídicas las donaciones se consideran anómalas al principio de maximización del beneficio y, por tanto, fiscalmente se limitan a los efectos de evitar distracciones económicas alejadas de su finalidad principal.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. A mi juicio, el sistema mercantil español permite otra aproximación a la del Derecho Americano. El fundamento del 10% se vincula a limitaciones sustantivas de Derecho mercantil. Pero en el ámbito interno, como en el Derecho continental, el principio de maximización de beneficios no es tan estricto y el interés social es un concepto más amplio. Por tanto, nada impide que ese límite sea más elevado. Aunque resulte extraño que una empresa pueda donar más del 10% de su beneficio, incentivar al mecenazgo supone impulsar mayores límites para que aquellas empresas que estimen conveniente afrontar una donación elevada lo puedan hacer sin restricciones. No hay que olvidar que es posible que se donen activos de gran valor que sí puedan superar ese límite (inmuebles, cuadros, existencias, etc.).

7.1 *Imputación temporal de la donación*

Con arreglo a la sección 170 del IRC lo que da derecho a la donación es el “*payment*”. Sin embargo, la donación se puede computar temporalmente en dos momentos distintos [sección 170(a)(2)]. Si la entidad tributa bajo el sistema de caja, en el momento en que se efectúa. Si tributa con el criterio de devengo y la consiguiente correlación de ingresos y gastos, la norma determina un derecho de opción; puede optar a imputarlo en el ejercicio del pago o bien en un período impositivo anterior, siempre y cuando se cumplan dos condiciones; que el órgano de administración *autorice* en dicho período la deducción y que el pago se realice de forma efectiva en el siguiente período hasta el decimoquinto día del tercer mes siguiente a la finalización del período impositivo. Es decir, si el ejercicio económico coincidiera con el año natural, el pago podría realizarse hasta el 15 de marzo. A mi juicio, esta norma permite a las empresas maximizar fiscalmente sus donaciones, porque no en vano, el verdadero resultado económico de la empresa (pérdidas y ganancias) sólo se va a conocer cerrado el ejercicio. Realizar una donación con anterioridad, si las estimaciones sobre el beneficio no son correctas, puede suponer determinar de forma incorrecta el límite y perder en ese ejercicio la deducción.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. La opción de dar a las empresas la posibilidad de imputar temporalmente la donación a un ejercicio anterior al realizado entendemos que puede ser beneficiosa para el mecenazgo, pues permite a las entidades mayores opciones a los efectos de donar.

Con relación al momento en que se ha hecho el pago, la imputación temporal plantea otros

problemas menores, relacionados más con el corte de operaciones entre años(146). Así, en el caso de cheques, la donación se entiende realizada en la fecha en que el cheque es enviado, o en el caso de tarjetas de crédito, cuando se cargan en la misma(147). No se consideran donaciones las promesas de donación. Y en el caso de las opciones de compra por valor inferior al valor de mercado, se considera que hay una donación en la fecha en que ésta se haga efectiva (y no cuando se conceda) por la diferencia entre el valor de mercado del bien y el precio de ejercicio de la opción de compra (*Revenue Ruling* 82-197, 1982-2, C.B. 72).

7.2 *Los límites de deducción y la compensación en años futuros*

El límite anual sobre la base imponible para aplicar la deducción por mecenazgo de la sección 170 es del 10%. En el caso de que la cantidad donada supere dicha cantidad, dichas donaciones serán deducibles en los cinco ejercicios siguientes, con el mismo límite global del 10%, debiéndose practicar la deducción por orden de ejercicios(148).

8 EL TRATAMIENTO DE LAS DONACIONES EN ESPECIE

En Estados Unidos un porcentaje significativo de las donaciones realizadas son en especie. Esto es especialmente relevante en el caso de las sociedades mercantiles, donde alcanzan hasta un tercio de las donaciones realizadas. Pero también son significativas en las personas físicas, donde según datos de 2005, el 87% de las declaraciones de las personas físicas presentadas con “*itemized deductions*” se dedujeron alguna cantidad por mecenazgo, y, dentro de esas declaraciones, el 61% recogieron donaciones en especie, representando el 26% del total (ACKERMAN y AUTEN 2011, pág. 652)(149). Estos autores señalan (pág. 658) que

(146) Esta problemática es la misma para las personas físicas que para las jurídicas.

(147) Sobre los distintos supuestos de imputación temporal puede verse HOPKINS (2010, págs. 179 y ss).

(148) Si en el ejercicio X tiene una base imponible de 100 unidades y dona 25 unidades, sólo podrá deducirse 10. Si el año X+1 tiene una base imponible de 160 unidades y dona 14 unidades, se deducirá ese año las 14 unidades y podrá deducirse del año anterior 2 unidades, mientras que las 13 restantes se guardarán para el año X+2. Se trata, por tanto, no de prorrogar de manera indefinida el plazo de cinco años, como sucedería en el caso de que en el año X+1 se dedujera las 15 unidades pendientes del año X y las donaciones del X+1 se dejaran para el año 2.

(149) ACKERMAN y AUTEN 2011 (pág. 660 y ss) recogen datos estadísticos de 2004 y 2005. Así, dentro de los tipos de donaciones, el 41% estaba representado por acciones y participaciones, el 10% inmuebles, el 3% arte y colecciones, el 17,2% ropa y el 9,4% menaje del hogar. La distribución del tipo de donaciones depende de la renta del donante. En el caso de donantes con rentas medias-bajas, se incrementa las donaciones de ropa y de menaje del hogar, alcanzado dos tercios del valor de las

el coste fiscal para la Hacienda Pública de las donaciones en especie fue de 9.400 millones de dólares (el 23% del total).

El tratamiento tributario de este tipo de donaciones consta, tanto para las personas físicas como para entidades mercantiles, de dos partes. Por un lado, la base de la deducción. La regla general es que la base de la deducción no es el valor de adquisición o contable de los bienes o derechos, sino el valor de mercado de los bienes. En el caso de los empresarios que donan existencias, la base de la deducción se limita al coste de producción o valor de adquisición (*basis*). Por otro lado, cuando se produce una entrega sin contraprestación de un bien se pone de manifiesto un beneficio determinado por la diferencia entre el valor de adquisición y el que hubiera correspondido si el contribuyente hubiera enajenado el bien por su valor de mercado. En este caso, esa renta no tributa para el contribuyente. Es decir, si una persona tiene un bien que adquirió por 100 y su valor de mercado actual es de 250, en el caso de que lo done a una ENL, su reducción de la base imponible será de 250, pero sin tener que tributar por la diferencia entre 250 (valor de mercado) y 100(150).

El tratamiento de las donaciones en especie (tomar como base de la deducción el valor de mercado y que no tribute el beneficio por la diferencia) se ha considerado por la doctrina como muy generoso y se ha justificado en la necesidad de incentivar el mecenazgo(151). El beneficio aparece cuando se compara la situación en que se encontraría un donante si primero vendiera el bien a un tercero y luego donara el dinero. En dicho caso tendría que tributar por la ganancia de patrimonio, lo que no hace en el caso de que done directamente el bien(152).

donaciones en especie. Y con relación a los destinatarios, la mayor parte de donaciones superiores a 500 dólares fueron a parar a *private foundations* y a grandes ENL (como SALVATION ARMY).

(150) HALPERIN (2002-2003, pág. 16) señala que esta medida se ha justificado porque en otro caso los donantes pospondrían las donaciones hasta la fecha de fallecimiento, porque las donaciones se harían en dinero y no en especie, y porque se reducirían las mismas. A su juicio, el tratamiento actual sólo se justifica en la creencia de que nos encontramos ante un medio para incrementar las donaciones.

(151) FOLLAS (2007-2008, págs. 1785) advierte que la actual regulación incentiva las *long-term capital* donaciones frente al resto, ya que le concede beneficios adicionales. Y, ciertamente, en caso de bienes con un valor de mercado mayor al coste, será mejor siempre donar aquellos bienes que se permiten valorar por mercado.

(152) El PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM (2005, pág. 77) recomendaba que los contribuyentes que vendieran propiedades y donaran el total de lo recibido en el plazo de 60 días desde la venta no tuvieran que tributar por el beneficio obtenido por la venta. Es decir, que el tratamiento fuera el mismo que si se donara el bien. Esta propuesta sería además un beneficio para las ENL, que prefieren donaciones de dinero. La venta supondría valorar la propiedad por su valor real de mercado y reduciría los costes de la ENL.

Sin embargo, también el tratamiento ha sido objeto de crítica y es visto como un nicho de fraude fiscal y de abusos(153).

(i) Uno de los problemas que aparecen en el caso de las donaciones en especie es el de la valoración de mercado, en tanto es compleja y los donantes tienden a sobrevalorar los bienes y derechos con el objeto de obtener mayores deducciones(154). La situación es tan relevante que el IRS hace públicos en cada ejercicio los llamados “*Dirty Dozen Tax Scams*” (la docena sucia de fraudes fiscales) y dentro de los mismos se incluye de forma recurrente una referencia a las donaciones y la sobrevaloración(155). En el *Dirty Dozen* de 2012 expresamente se señala que “*El IRS está investigando planificaciones relativas a la donaciones de bienes en especie... A menudo, estas donaciones están muy sobrevaloradas o la organización beneficiaria de la donación promete que el donante podrá recomprar los bienes más adelante a un precio fijado por el donante*”.

Cuando se sobrevalora un bien a los efectos del mecenazgo el sistema se puede pervertir. El objetivo del mecenazgo es que el donante se beneficie fiscalmente, a costa de la Hacienda Pública, pero exige que la ENL obtenga un beneficio que sea proporcionado a la pérdida del Erario y al incentivo del contribuyente. De esta manera, la pérdida de recaudación se transmite a la ENL que a su vez retornará los beneficios obtenidos al sistema. Pero cuando se produce una sobrevaloración, se beneficia al contribuyente, perjudicando los intereses de la Hacienda y de la propia ENL(156). Se ha señalado que si la sobrevaloración es elevada puede ser incluso mayor la pérdida recaudatoria que el beneficio que la ENL haya obtenido como consecuencia de la donación (SUGIN, 2006-2007, págs. 159-160)(157).

(153) Especialmente crítico ha sido HALPERIN (2002-2003, págs. 1 y ss).

(154) JOINT COMMITTEE ON TAXATION (27 de junio de 2005), págs. 293 y ss.

(155) La mención a este fraude aparece de forma ininterrumpida en las *dirty dozen* desde 2008 (que es la última que este autor ha revisado) hasta 2012. La de 2012 puede verse en <http://www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=254383,00.html>

(156) GERZOG(2008, pág.1145 y ss) hace mención a la necesidad de analizar la donación con arreglo a un *quid pro quo* análisis que tenga en consideración el beneficio del donante y la ENL y la pérdida de la Administración. Si la el beneficio del donante excede del de la ENL la deducción por donaciones no debería permitirse. Esta autora (pág. 1181) concluye que la racionalidad del sistema de deducciones se fundamenta en el hecho de que se sirve el interés público de manera indirecta a través de los fondos que se dan a la ENL. Y la legislación debería cambiarse para determinar que el beneficio del donante, cuando sirve a ventajas financieras privadas, debe corresponder sólo a una parte de los beneficios de la ENL.

(157) En efecto, por poner un ejemplo extremo con la normativa en España. Si un bien con un valor real de 100 se valora a efectos del mecenazgo en 500 y se le aplica una deducción del 25 por 100,

(ii) Este régimen también puede incentivar a que las donaciones se hagan con la estricta finalidad de buscar un beneficio fiscal y no con intención de realizar un verdadero mecenazgo. De hecho, a los efectos de valorar las donaciones por su valor de mercado, es indiferente cuál es el uso efectivo que se le va a dar al bien donado, de tal manera que la ENL privilegiada puede transferir el mismo para obtener recursos, emplearlo en su propia actividad o no hacer nada con él. Es incluso posible que los bienes donados no sean de ayuda real para los beneficiarios y sean complicados de vender(158).

(iii) Las donaciones en especie, especialmente si los bienes están apreciados, se ven como una forma de diversificar las inversiones (HALPERIN, 2002-2003, págs. 11 y 12). Si un contribuyente tiene bienes y efectivo para donar, y dona los bienes sobrevalorados, teniendo en consideración que la deducción es un ahorro en dinero en efectivo que en otro caso tendría que pagar, lo que está consiguiendo mediante la deducción fiscal es mayor efectivo para poder reestructurar su patrimonio. Esta idea es importante en tanto permite a los donantes cambiar recursos monetarios actuales a cambio de bienes en especie.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En la actual situación española, donde acceder a la liquidez está siendo complicado, cabe pensar que se pueda acudir a este tipo de operaciones con la finalidad de no ingresar parte de los impuestos en dinero, especialmente en el caso de bienes sobrevalorados. Si una persona tiene un bien con un coste de 100 y un valor de 300, una donación del mismo a una ENL privilegiada supondrá que pueda deducirse el 25% de 300. Es decir, 75 unidades que se ahorrará en efectivo, pudiendo acceder a una financiación que en otro caso no podría haber obtenido.

(iv) Dentro de las donaciones de bienes en especie con motivos fiscales estarán las de aquellos bienes que estén obsoletos, que sean incapaces de producir beneficios y aquellos que son poco comercializables. Y especialmente relevante está siendo el caso de las propiedades inmobiliarias en época de crisis económica, donde cierto tipo de contribuyentes están donando dichos bienes con él único objeto de poder maximizar su fiscalidad. En efecto, se ha puesto de manifiesto que para cierto tipo de contribuyentes puede ser mejor donar un bien inmueble que incluso mantenerlo en su activo. Tienen que ser obligados tributarios con rentas positivas que tengan capacidad de absorber el beneficio fiscal. En general (por todos, ROSE, 2010-2011,

el contribuyente habría obtenido una ventaja fiscal de 125. Lo anterior supone que la Hacienda Pública perdería 125, el donante ganaría neto 25 (el valor de mercado que pierde es de 100 mientras que fiscalmente ganaría 125) y la ENL sólo tendría como beneficio 100.

(158) Esta situación ha hecho que se haya propuesto que el beneficio fiscal del donante deba estar vinculado al beneficio efectivo de la ENL. En el caso de que el valor de lo donado sea discutible, la deducción debe operar sólo si la ENL vende el bien o lo emplea efectivamente para sus fines estatutarios (GERZOG, 2008, págs. 1181). *Vide* también HALPERIN (2002-2003, pág. 16).

págs. 130 y ss), se tratará de bienes adquiridos por precios reducidos, donde su venta daría lugar a la obligación de pagar un impuesto significativo; bienes que no están afectos a la producción o que no son empleados de manera efectiva; bienes que tienen costes de mantenimiento recurrentes (impuestos, consumos, reparaciones); bienes que pueden tener hipotecas; y, además, bienes que tienen difícil salida en el mercado, especialmente en época de crisis. La situación ha llegado al extremo de que ENL realizan programas para captar donaciones de inmuebles ofreciendo importantes beneficios fiscales, a través de lo que se llama “561 exchange program”. Se trata de usar las posibilidades de valoración que ofrece la circular 561 del IRS para tasar los bienes por encima de lo que sería un precio real de venta (ROSE, 2010-2011, págs. 138 y ss). En concreto, la circular 561 permite emplear una serie de métodos de valoración que permiten soslayar el mercado y las condiciones económicas, de tal manera que la situación de crisis y recesión no afecte en la valoración.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. El régimen en España es similar para las personas físicas, y, por tanto, se puede calificar también de muy beneficioso cuando el donante valora por valor de mercado y no tributa por el incremento de patrimonio en la donación. No se puede afirmar lo mismo con relación a las personas jurídicas, que toman como referencia el valor de coste.

La doctrina americana ha puesto de manifiesto varios de los inconvenientes y fraudes que tiene establecer como base de la deducción el valor de mercado y no hacer tributar por el beneficio subyacente.

El problema que se tendrá que afrontar en España es especialmente significativo en el caso de que el tipo de deducción aumentara hasta cifras cercanas al 60 o 70%. Bajo dicho supuesto, es posible que a cualquier ciudadano le interese más donar un bien que venderlo a terceros. HALPERIN (2002-2003, pág. 14, nota a pie 52) señala que esa situación puede acontecer a partir de tipos marginales de deducción en la base del 50 por 100. Si el contribuyente tiene base imponible suficiente, el donar va a suponer poder tener dinero en efectivo (mediante un menor pago de impuestos) pudiendo tomar como valor el de mercado.

Y a estos efectos se puede poner un ejemplo numérico. Pensemos en una persona física que tiene un cuadro adquirido por 100 y cuyo valor de mercado es de 300. Esa persona tiene suficiente base liquidable general para absorber la deducción de manera íntegra. Si la persona física vendiera el cuadro y luego donara, tendría un beneficio de 200 unidades, que al tipo de gravamen del 27% son 54 unidades. Podría donar íntegramente el resto de 246 unidades a la ENL, obteniendo una deducción al 25% de 61,5 unidades.

Si dona ese bien directamente, la persona física se ha ahorrado la necesidad de buscar un comprador que tenga el dinero en efectivo (si es que era capaz de encontrarlo). Además, se practicará una deducción del 25% sobre 300 (75 unidades). Es decir, obtendrá mayor incentivo fiscal que si dona el dinero de la venta del cuadro. En términos económicos, la persona física ha cambiado un cuadro que le costó 100 por liquidez inmediata de 75 unidades. Además, ha podido desprenderse de un elemento en el que puede que no tenga interés Y si las deducciones se aumentaran considerablemente, los

beneficios fiscales de este tipo de operaciones serían mucho mayores.

8.1 *La regla del valor de mercado frente al coste de adquisición*

La norma tributaria de los Estados Unidos baraja dos valores como base de la deducción. O el valor de mercado o el coste de adquisición. En cualquier caso, y como límite, opera el valor del mercado si es menor que el coste de adquisición.

(i) El valor de mercado se aplica, dentro de las actividades empresariales, desarrolladas por personas físicas o jurídicas, a las llamadas *long-term capital gain*. Es decir, se trata de activos de la empresa que se han producido en más de un año(159). Por tanto, las existencias y los activos de duración inferior al año tomarán como base de la deducción, y salvo las excepciones a las que haremos mención, el coste de adquisición(160).

(ii) En el caso de las personas físicas se toma en consideración el valor de mercado para los bienes no afectos a actividades económicas que sean tierras y propiedades y del resto de bienes tangibles (*tangible personal property*)(161). En este caso último caso la norma impone una condición para que la deducción opere sobre el valor de mercado, y es que la ENL debe destinar los bienes adquiridos por donación a sus actividades exentas de impuestos(162). En caso contrario, la deducción se hará sobre el coste de adquisición. Al vincular las bases de la deducción al uso, se han establecido normas adicionales en el caso de que la ENL se desprenda de los mismos mediante la venta. Si la enajenación se produce dentro del año siguiente a la donación, el donante deberá regularizar su situación y valorar por el coste en el año de la venta. Si la venta se produce después del año y antes de los tres años siguientes, el donante puede estar obligado a regularizar las deducciones realizadas en exceso sobre el valor de coste si se dan dos condiciones: que la donación se haya valorado en más de 5.000

(159) La sección 170(e)(1)(A) determina que el valor de la donación se reducirá en la ganancia que no hubiera sido calificada como *long-term* si la propiedad hubiera sido vendida por su valor de mercado.

(160) HALPERIN (2002-2003, pág. 14, nota a pie 14) señala que la razón de limitar al coste o precio de adquisición de ciertos bienes se justifica en que en otro caso el régimen sería demasiado generoso, especialmente cuando los tipos de gravamen son altos.

(161) Los *tangible personal properties* son obras de artes, objetos de colección, libros, antigüedades, joyas, coches, barcos, aviones, etc.

(162) Señala FOLLAS (2007-2008, pág. 1788) que la condición de que los bienes donados se destinen a sus actividades exentas ha tenido poco desarrollo por parte del IRS, y pone el ejemplo de obras de arte a un Museo, donde no se ha determinado si basta con que el Museo tome posesión de la obra de arte o es necesario que la obra se exponga.

dólares y que la ENL no dé un certificado donde declare que el bien fue utilizado en la actividad de la ENL o que su utilización no fue posible. Esta declaración realizada por la ENL se hace bajo pena de perjurio.

(iii) En el caso de donaciones en especie cuyo beneficiario sea una *private foundation*, se aplica como regla general el valor de adquisición(163).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. La base de la deducción en el caso de bienes en especie es algo que debería estar sometido también a revisión en España.

En el IRPF, la norma remite al valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio [art. 18.1(b) de la Ley 49/2002]. Pero se remite a una normativa donde el criterio de valoración no es homogéneo y donde las opciones de su articulado radican en razones de practicabilidad administrativa y no de justicia o capacidad económica. Por ejemplo, para valorar acciones que cotizan en bolsa, se acude al valor de cotización de los últimos cuatro meses del año (art. 15 de la Ley 19/1991). Dicho precepto, al que remitiría la Ley 49/2002, es de imposible aplicación en el mecenazgo, pues el valor medio en el último cuatrimestre de unas acciones que cotizan en bolsa no puede ser un valor aceptable cuando existe una cotización en el día de la transmisión. Y, de la misma manera, el art. 10.1 de la Ley 19/1991 determina que cuando se dona un inmueble se acude al mayor de tres valores (el valor catastral, el comprobado por la Administración a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición), lo que lleva a la situación injusta de tomar un valor u otro sin conexión alguna con el que tiene el inmueble en el momento de la donación. El Impuesto sobre el Patrimonio es un impuesto donde el valor de mercado opera con carácter residual y se han buscado, en general, criterios de valoración objetivos con el ánimo de buscar una automaticidad en las valoraciones que eviten conflictos entre Administración y contribuyentes. Pero esta justificación carece de sentido, por injusta y arbitraria, cuando se trasladan tales reglas de valoración al mecenazgo.

A mi juicio, para las personas físicas la base de la deducción debe ser el valor de mercado, salvo cuando se hayan hecho actividades de carácter especulativo. Sería el caso de comprar un cuadro por 100 y donarlo a una ENL en el mes siguiente diciendo que el valor de mercado es de 300. En Estados Unidos ese elemento temporal se ha puesto en el año y parece que es un criterio razonable.

En el caso del Impuesto sobre Sociedades y de los empresarios, en España se acude al valor contable. Y, a mi parecer, es una norma que debería ser objeto de revisión. Creo que el criterio establecido en Estados Unidos es adecuado. Las donaciones de activos deben valorarse por mercado, mientras que las donaciones de existencias por su valor de coste. No vemos razón alguna por la cual deba existir una diferencia de base de deducción entre una persona física que dona un inmueble, un cuadro, unas

(163) Como excepción, si el objeto de la donación es una "*qualified appreciated stock*", que son aquellos donde el valor está fijado en los mercados secundarios, se tomará como base de la donación el valor de mercado.

participaciones, de cuando sea una empresa. Se produce una discriminación no justificada por razón del donante.

Si la norma quiere incentivar el mecenazgo, una de las medidas que deben implementarse es determinar como valor de referencia el valor de mercado, estableciendo a su vez una normativa para evitar los abusos y los fraudes.

8.2 Las donaciones de existencias

En el caso de donaciones que no sean “*long-term capital gain*” y las donaciones de existencias (*ordinary income property*), la base de la deducción es, como regla general, el valor contable de las mismas (valor de coste). De esta manera, se evita que mercancías que no han tributado por beneficios, den lugar a una deducción por esa renta exenta de imposición.

Esta regla general tiene excepciones para las entidades que tributan en el IS, aunque no para los empresarios(164). Se puede deducir más que el valor neto contable si el destino de los bienes donados va a ser usado por la ENL para el cuidado de los pobres, enfermos o niños [170(e)(3)(B)]. En estos casos, las entidades no se deducen por el valor contable, sino por uno superior, de tal manera que pueden deducirse cantidades por las que no hayan tributado, haciendo que la donación por estos bienes sea más atractiva que donar la misma cantidad de dinero(165). En este caso, la base de la donación será la menor de sumar al coste de adquisición la mitad del incremento de valor que se produciría o dos veces el valor de coste(166). No obstante, la aplicación de esta normativa está sometida a ciertos requisitos formales y materiales(167).

(164) Están excluidas de esta norma las personas físicas y las entidades que tributan en el régimen de transparencia fiscal (“*S Corporations*”).

(165) Resulta claro que si un bien está contabilizado por 100 y la base de la deducción es 200 resulta más atractivo donar el bien que te ha costado 100 que donar 200 unidades monetarias en efectivo, teniendo en consideración que el incremento de patrimonio no tributa.

(166) Señalan ACKERMAN y AUTEN (2011, pág. 653) que el objeto de esta norma es evitar que el contribuyente obtenga un beneficio después de la deducción fiscal por la donación de objetos, lo que se puede producir si el coste es bajo y la valoración que se hace es muy elevada, en tanto tendría un “*after-tax profit*”. Sería el caso, por ejemplo, de un bien con un coste de 10, que se dona y se valora en 90. En dicho caso, una deducción de la donación al tipo del 35% supondría un ahorro de impuestos de 31,5 cuando el coste del bien es de 10.

(167) Conforme a la sección 170(e)(3) la donación debe realizarse a una ENL recogida en la sección 501(c)(3), que no puede ser una *private operating foundation*; el donante sólo puede emplear los bienes donados para los fines de la ENL relacionados con el cuidado de los niños, necesitados o enfermos; y el donatario debe entregar un justificante donde acredite que cumple con todos los requerimientos.

Desde un punto de vista de igualdad, se ha criticado esta opción legislativa por varias razones (SUGIN, 2006-2007, págs. 157-158)(168). En primer lugar, no se entiende por qué se excluye a otros tipos de contribuyentes y se limita a las personas jurídicas. En segundo, porque no parece claro que el legislador deba determinar qué bienes son los más necesarios para las ENL. Y por último, no se encuentra una justificación a que se conceda un mayor beneficio tributario a la entrega de bienes en lugar de efectivo cuando son las propias ENL las que están en mejores condiciones de determinar qué bienes son los más necesarios, que es lo que sucedería si lo que se les entrega es dinero en efectivo.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. La posibilidad de establecer excepciones al valor de las existencias en el caso de las donaciones es un elemento de política legislativa que debería ser adoptado por el legislador español. Pensemos en la situación de crisis tan profunda de nuestro país y el hecho de que donaciones de alimentos, medicinas, o libros, pueden ser una solución para ciertos beneficiarios. A nadie se le escapa que permitir a una empresa deducir sobre el valor de mercado de los bienes donados a los comedores de CARITAS o a medicinas, ropa o vehículos, en el caso de CRUZ ROJA ESPAÑOLA es una medida que puede hacer que muchas personas puedan resultar beneficiadas. Ciertamente puede haber problemas, especialmente con arreglo a la igualdad, a la hora de elegir los bienes concretos o, incluso, los requisitos de los beneficiarios. Pero los beneficios que se pueden obtener creo que son mucho mayores.

8.3 *Reglas especiales para valorar ciertos elementos*

Anteriormente señalamos que uno de los grandes problemas de las deducciones en especie, cuando la base es el valor de mercado, es la existencia de abusos en su determinación. De hecho, señala GERZOG (2008, pág. 1139 y ss) que muchas de las reformas recientes que se han realizado van precisamente en la dirección de controlar las donaciones en especie o las donaciones “*quid pro quo*”. Al margen de las obligaciones de tasación y los deberes de declaración a los que haremos mención en el siguiente apartado, se han establecido normas específicas en materias de vehículos, propiedad intelectual y la ropa y menaje del hogar, como elementos especialmente vulnerables a los fraudes.

(i) Vehículos; si el vehículo va a ser usado por la ENL, la base de la deducción es el valor de mercado. Sin embargo, si el vehículo va a ser enajenado y el contribuyente se deduce más de 500 dólares, la deducción será el menor de los dos siguientes valores; el valor de mercado de los bienes o los ingresos obtenidos por la ENL en el caso de venta(169). La ENL tiene que

(168) A parte de esa excepción general, la normativa ha reconocido normas especiales de carácter temporal para las donaciones de libros, comida u ordenadores

(169) Se aplicará el valor de mercado declarado en el caso de que la ENL lo transmita a un necesitado en cumplimiento de sus fines o cuando haya hecho un uso sustancial del mismo. Desde el punto de

entregar un certificado que contenga toda la información necesaria y precisa para que el contribuyente pueda solicitar su deducción(170). Esto supone que el código americano haya establecido para la propia ENL un régimen infractor particular. El IRC determina en la sección 6720 que si la ENL emitiera conscientemente un certificado falso o fraudulento, o cuando de forma voluntaria se negara a emitir el certificado en el plazo establecido, será sancionada.

(ii) Ropa y menaje del hogar; en las donaciones de ropa o cosas de la casa (excluidas esculturas, antigüedades, joyas, pinturas, comida, etc.) tales como muebles, electrodomésticos, sábanas, etc., la regla general de aplicación sería, en principio, el precio de adquisición o valor de coste. Sin embargo, al ser el valor de mercado normalmente inferior a lo que sería el valor de coste, se va aplicar valor de mercado. En estos casos se exige para practicar la deducción que los bienes estén en buenas condiciones o que estén mejorados(171). Si no se cumple dicha condición sólo puede proceder a la deducción si el valor de los bienes es superior a 500 dólares y se adjunte a la declaración una tasación (*qualified appraisal*). Por otro lado, en el caso de bienes de un mínimo valor el Departamento del Tesoro puede denegar la deducción.

(iii) Patentes y propiedad intelectual; cuando se donan patentes o propiedad intelectual se ha establecido una regla especial. En el momento de la donación se podrá deducir el menor del coste o el valor de mercado. Sin embargo, si las patentes o la propiedad intelectual reportara ingresos futuros para la ENL, se puede incrementar la deducción por donación en ejercicios sucesivos en función de los ingresos.

8.4 *El valor de mercado: su justificación y la IRS publication 561*

En el caso de las donaciones en especie, la base de la deducción es en muchos casos el valor de mercado. Como hemos señalado, la valoración puede ser objeto de abuso. Para combatir

vista formal, el contribuyente debe adjuntar a su declaración el documento que muestre el ingreso obtenido por la ENL y, en caso de que no lo aporte, pierde su derecho.

(170) Señalan ACKERMAN y AUTEN (2011, pág. 668 y 669) que en los vehículos se produjo una práctica fraudulenta cuando se donaban a las ENL y se establecían acuerdos con las compañías para que subastaran o vendieran los coches a terceros. El resultado final era que el donante se deducía el valor de mercado, pero la ENL sólo recibía el dinero obtenido en la subasta menos los costes de la misma. Ese importe era inferior al valor de mercado declarado por el donante, de tal manera que las ENL sólo recibían un porcentaje menor de lo que se deducían los donantes como valor de mercado.

(171) Con anterioridad a 2006 se producían abusos con relación a la deducción por donación de ropa. GERZOG (2008, nota a pie 42) cita un artículo de un periodista señalando que cuando el ex presidente BILL CLINTON era gobernador de Arkansas se deducía 2 dólares por la donación de cada calzoncillo usado.

ciertos fraudes la norma ha impuesto la obligación de que el contribuyente que quiera practicarse una deducción, y no la ENL, el que determine el valor de mercado, exigiendo una tasación (*qualified appraisal*) para bienes de un importe superior a 5.000 dólares(172). El resultado de esa tasación y la descripción de los bienes debe acompañarse a la declaración y si el importe es superior a 500.000 dólares se debe incorporar la tasación a la declaración. El concepto de *qualified appraisal* viene definido en la sección 170(e)(11)(E) y determina que debe ser efectuada por un profesional con cualificación suficiente y la tasación del bien debe ser realizada mediante criterios generalmente aceptados para dichos bienes(173). La tasación no es vinculante para el IRS y, si no ha seguido las directrices fijadas por la *publication 561*, no se “le dará mucha relevancia” (*publication 561*).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Cuando se emplea el valor de mercado como base de la deducción en España no existe mención alguna ni a quién debe determinar ese valor (si el donante o la ENL) ni a la prueba que se exige para justificarlo. Parece acertado que el que solicita el beneficio fiscal (el donante) sea el encargado de valorar, en tanto es el que tiene el beneficio tributario y quien, en su caso, debe afrontar las consecuencias de una incorrecta valoración. Ciertamente la ENL tendrá que valorar el bien por el valor venal (valor de mercado) en su contabilidad y a estos efectos puede aprovechar la valoración que le dé el donante. Pero la valoración que dé la ENL en su contabilidad no debe ser una referencia válida para el donante, en tanto para la ENL cualquier donación estará en principio exenta y su valoración se hará a efectos contables.

Cuestión distinta es lo que afecta a la tasación. Exigir una tasación por una donación implica un doble coste que debe soportar el donante. El de la donación y el de la tasación. A esto hay que añadir que la tasación no tiene efectos vinculantes para la Inspección, aunque si invertiría la carga de la prueba. Por tanto, la exigencia de tasaciones debería estar limitada a partir de ciertas cuantías. El límite de dicha cuantía es lo que habría que determinar. En Estados Unidos se ha fijado en 5.000 dólares. Por último, están los deberes de información y cuándo se deben adjuntar datos de la tasación con la primera declaración. A mi juicio, parece una medida proporcionada informar desde el primer momento, a los efectos de probar y acreditar que la tasación se ha realizado de forma previa.

(172) Señalan ACKERMAN y AUTEN (2011, pág. 679) que si bien la valoración debe hacerla el donante, han habido propuestas para que la ENL ayude con valoraciones o guías apropiadas para establecer ese valor (como en el caso de ropa). Sin embargo, el problema es que la ENL y el donante no tienen intereses contrapuestos y las ENL carecen de incentivos para limitar la valoración que realiza el donante.

(173) El importe satisfecho para la tasación no es deducible como mayor valor de la donación o de forma separada. Pero sí se puede deducir dentro de otro epígrafe, que limita la deducción al 2% de la base imponible, y donde expresamente, entre otros, se incluyen los gastos de tasación consecuencia de donaciones (IRS *publication 529*).

Con el fin de determinar el valor de mercado (*Fair Market Value*) en la deducción por donaciones y con el objeto de dotar seguridad jurídica, el IRS editó la “*Publication 561*”(174) bajo el título de “*Establecimiento del valor de las propiedades donadas*” con la finalidad de establecer una guía para los donantes y tasadores a los efectos de estimar el valor de las donaciones en especie a ENL privilegiadas y, además, determinar los requisitos formales de información. En dicha publicación se analizan de forma detallada los requisitos de la tasación (la cualificación de los tasadores, la forma de valoración, la documentación, las incompatibilidades, etc.) y las formas de determinar el valor de ciertos bienes (joyas, obras de arte, ropa usada, colecciones, coches, patentes, inmuebles, etc.).

IMPORTANCIA EN ESPAÑA. En España se carecen de este tipo de comunicaciones por la AEAT. Sin embargo, parecen un elemento esencial para la seguridad jurídica de los donantes y debería intentar abordarse por la Administración en el caso de que se optara por el valor de mercado.

8.5 Régimen sancionador

La normativa de Estados Unidos ha establecido tipos infractores para las valoraciones en especie [sección 6662(e) IRC]. En el caso de que el contribuyente sobrevalore los bienes objeto de la donación a los efectos de poder obtener mayores beneficios fiscales, se aplica una sanción del 20% si el valor declarado es un 150% o más del debido y se ha dejado de ingresar más de 5.000 dólares para personas físicas o 10.000 dólares para sociedades, como consecuencia de la sobrevaloración. La sanción es del 40% si el valor declarado es 200% o mayor y la cantidad dejada de ingresar supera los 5.000 dólares para las personas físicas o 10.000 para las sociedades. La sanción del 20% (no así la del 40%) puede ser evitada si el obligado tributario fundamentó su valoración en una tasación y realizó “*de buena fe un esfuerzo en investigar el valor de la propiedad*” [IRC Sec. 6664(c)](175). Los anteriores tipos específicos sólo se aplican en el caso de que no haya dolo. En caso contrario, operará el tipo agravado general del dolo (*fraud*), lo que implicará que la sanción sea del 75% del importe atribuible al fraude (sección 6663 del IRC).

Desde el año 2006 la normativa estableció un régimen sancionador autónomo para los tasadores (sección 6695A del IRC) de tal manera que cuando los bienes tienen una tasación en la que se ha fundamentado el valor de mercado, el tasador tiene responsabilidad personal ante la Administración, debiendo responder de las sanciones que se le impongan de manera autónoma, lo que supone una medida antifraude para evitar que el tasador de parte vea

(174) En <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p561.pdf>

(175) HOPKINS (2010, pág. 421) hace referencia a la jurisprudencia donde se establece que los contribuyentes no pueden ciegamente fundamentarse en la valoración de terceros.

limitados sus intereses en valorar por encima de lo correcto. La norma establece que en el caso de que el tasador conociera que la tasación iba a ser empleada en una declaración tributaria y dicha valoración supone para el contribuyente la imposición de una infracción tributaria por falta de ingreso del 20 o el 40%, le será impuesta la siguiente sanción; la menor del 125% del ingreso recibido por la tasación o de la siguiente cantidad (la que sea mayor): el 10% de la falta de ingreso del contribuyente o 1.000 dólares(176). No se impondrá sanción si se demuestra que el valor fijado en la tasación tenía más posibilidades de ser el valor apropiado.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Los problemas de sobrevaloración y determinación de responsabilidades infractoras por donaciones de bienes en especie no están correctamente resueltos en España por ausencia de un tipo infractor determinado en una cuestión tan subjetiva. Me parece correcta, por un lado, la opción legislativa de sancionar con un tipo específico la falta de ingreso derivada de donaciones en especie por sobrevaloración, donde se establezcan los umbrales a partir de los cuáles debe operar la infracción. Y, sobre todo, me parece acertada la idea de sancionar de forma independiente, y no como un supuesto de responsabilidad tributaria de la LGT, la participación de un tasador en la comisión de una infracción en un sistema donde la tasación fuera preceptiva. El tasador tiene un papel decisivo en el caso de donaciones de bienes de valor significativo y resulta necesario establecer cortapisas especiales a los efectos de que el tasador de parte tenga interés en valorar de forma adecuada, y el sistema de infracciones personales supone avanzar en dicho sentido, a diferencia de la responsabilidad tributaria, ya que aquellos que donan serán generalmente contribuyentes con capacidad económica, lo que supondrá que tenga recursos suficientes para que no se aplique la responsabilidad.

9 DONACIONES DE BIENES REALIZADAS DE FORMA FRACCIONADA EN EL TIEMPO

Una de las figuras específicas del Derecho estadounidense es la donación de carácter parcial ("*parcial interest in property*"). Teniendo en consideración que los conceptos de nuestro derecho sobre propiedad y derechos reales no son trasladables al Derecho anglosajón, lo que se cuestiona es cuál es el tratamiento jurídico que en el mecenazgo debe darse a las donaciones donde no se dona la totalidad del bien, sino parte del mismo o bien alguno de los derechos que componen la propiedad. En concreto, hay que valorar si nos encontramos ante una donación que dé derecho al mecenazgo y, en su caso, cuál sería la valoración. Esta cuestión está vinculada a las grandes donaciones en especie, donaciones que tienen tal valor

(176) El imponer sanciones de forma autónoma al tasador debería suponer que sus retribuciones aumentarían. A mayor responsabilidad, mayor coste en la prestación de los servicios, y más si la valoración es elevada.

que no se pueden absorber por los límites de la deducción que operan en la base imponible(177). Este tipo de donaciones fue objeto de reforma en 2006, debido a los abusos que se habían producido, donde se donaban obras de arte a museos y éstos no accedían al uso efectivo de las mismas, de tal manera que el Estado daba una deducción actual mientras que la ENL no podía realizar en dicho período las actividades propias (ya que el bien permanecía en poder del donante), lo que iba contra de la esencia propia de las deducciones fiscales del mecenazgo (beneficio fiscal sin que la ENL realice en el mismo período de tiempo la actividad propia) (FOLLAS, 2007-2008, págs. 1791 y 1793).

En Estados Unidos, cuando el donante transmite no la propiedad completa, sino un “*interest*” en dicha propiedad quedándose otra parte, esa donación puede no ser deducible. En principio, no se tiene derecho a la deducción por mecenazgo cuando el donante retiene derechos con relación a los ingresos de la propiedad, o derechos de uso, u otro tipo de derechos. Así, con carácter general, no cabe la deducción cuando el donante se reserva el derecho a usar, poseer, o disfrutar la propiedad(178).

Cuestión distinta es cuando lo que se dona es una parte de la propiedad en su conjunto. Es decir, no se dona un derecho específico sobre una propiedad, sino un porcentaje sobre el total de la propiedad, sobre todos y cada uno de los derechos que constituyen la misma. En dicho caso sí se permite el mecenazgo pero con la condición de que al final el 100% de la propiedad sea de la ENL (*fractional contribution*) en un plazo determinado. Y esta opción, que ha sido utilizada fundamentalmente con relación a obras de arte de valor elevado, tiene una serie de requisitos y condiciones para la aplicación de la deducción [sección 170(o)]:

(i) La ENL tiene que tener derecho a la posesión y al control del bien donado el tiempo correspondiente a su tanto por ciento de propiedad. Se exige que la ENL tenga físicamente la posesión sustancial y que destine su uso a las actividades exentas de la ENL [sección 501(c)](179). Esta exigencia tiene un anverso, y es que el hecho de tener que poseer y utilizar

(177) En el caso de los museos se ha estimado que el 80% de sus obras provienen de donaciones y, dentro de éstas, un 10 por 100 se han realizado mediante el sistema de fraccionamiento de la donación (KARAYAN, 2010-2011, pág. 467). Señala también esta autora (pág. 482) que en 2005 de las donaciones realizadas por personas físicas que fueron objeto de deducción por mecenazgo, sólo un 1,6% fue por arte o bienes de colección y de ese porcentaje sólo un 10% fue una donación fraccionada.

(178) Existen en la normativa excepciones, como las que se aplican con relación a propiedades especiales para actividades de conservación, o las que se tienen con relación a la vivienda habitual.

(179) En la Sentencia *Winokur v. Commisioner* (90 T.C. 733, T.C. 1988) el tribunal determinó que no era necesaria la posesión física del bien para gozar de la deducción sino el derecho a tenerla. Esta situación fue muy criticada, al entender que permitía a los donantes acceder a deducciones fiscales

los bienes en el tiempo proporcional puede tener consecuencias negativas para la ENL. Por ejemplo, en el caso de las obras de arte, a la ENL se le obliga a soportar todos los costes que puede tener -especialmente en obras "pesadas"- el transporte, seguros, mantenimiento, almacenaje, riesgo de daños, etc., lo que hará que las ENL puedan incluso plantearse qué tipo de bienes pueden aceptar (FOLLAS, 2007-2008, págs. 1804-1805).

(ii) El bien o derecho debe pasar totalmente a la propiedad de la ENL en el plazo de 10 años desde la fecha de la primera donación o la muerte del donante, la que acontezca antes.

(iii) En el caso de que no se cumplan los requisitos anteriores (i) y (ii), el contribuyente tiene que regularizar la deducción pagando un 10% adicional sobre la deducción practicada y los intereses de demora.

(iv) Para que un donante tenga derecho al mecenazgo, debe tener en exclusiva, o bien compartido con la ENL, totalidad del bien. Por tanto, en el caso de bienes en copropiedad, como puede suceder en una familia cuando ha heredado el mismo, no se puede aplicar la normativa del mecenazgo cuando una parte quiere donar de forma individual su alícuota. Sin embargo, sí se establece la posibilidad de que el Departamento del Tesoro autorice la deducción cuando la totalidad de los propietarios realizan la donación de manera proporcional.

(v) La base de la deducción inicial, por la primera parte de la donación, se rige por la regla general aplicable en función del bien donado. Lo normal será el valor de mercado. Pero en el caso de las donaciones sucesivas del resto de partes, se ha impuesto una limitación. El valor de mercado será el menor del tomado en el momento de la primera donación o el de mercado en la fecha de la siguiente donación. Con este sistema, el riesgo de una bajada en el valor del bien se traspasa al donante (KARAYAN, 2010-2011, pág. 469-470). Si en el futuro aumenta el valor del bien donado (pensemos en arte), la base de la deducción se limita al valor inicial tomado. Si el valor baja, se toma ese valor reducido. Por tanto, el donante, si busca una planificación fiscal adecuada, deberá analizar la evolución del mercado sobre el bien donado.

Este sistema de donaciones realizadas de manera fraccionada, que se ha vinculado generalmente al ámbito de las grandes donaciones y en especial del arte, se ha cuestionado desde la reforma de 2006 debido a las restricciones impuestas y se entiende que perjudica al mecenazgo de obras de arte y a otras grandes donaciones, como inmuebles. Como sucede

pudiendo tener el control absoluto del bien. En estos casos, el museo podía prometer al donante que no tomaría posesión del bien hasta que no tuviera la transferencia definitiva del bien (FOLLAS, 2007-2008, nota a pie 92). Y es necesario tomar en consideración que el donatario tendrá especial interés en complacer al donante para tenerlo satisfecho. La norma cambió para evitar abusos y se exige una posesión real del mismo en la parte de tiempo correspondiente (KARAYAN, 2010-2011, pág. 465-467).

con las normas antifraude, se ha criticado la proporcionalidad de la reforma al ponderar los valores, ya que si bien va a evitar fraudes, también va a suponer una limitación importante a las donaciones de obras de arte o grandes propiedades (FOLLAS, 2007-2008, pág.1806)(180).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. La norma de donaciones de *parcial interest in property* pone de manifiesto un problema que también debe afrontarse en España. Los límites de la deducción en el IS y en IRPF hacen que para las grandes donaciones sea necesario donar porcentajes de propiedad para poder acceder totalmente a los incentivos fiscales del mecenazgo. Sin embargo, en España, no se exige nada más que donar. Eso supone que un mecenas pueda donar parte de un inmueble o de un cuadro y quedarse con la posesión efectiva del bien, con el consentimiento del donatario. En dicho caso se puede producir una de las inconsistencias del sistema del mecenazgo; se concede una deducción actual mientras que la ENL no puede afectar al bien donado o a sus fines. Esta cuestión, por tanto, podría ser objeto de regulación expresa. Si se dona un porcentaje de la propiedad de un bien, debe asegurarse que el mecenazgo cumple con sus fines tributarios, exigiendo que la ENL pueda disfrutar de forma inmediata de los bienes donados en favor de sus beneficiarios, siempre que esa disposición parcial sea un beneficio y no una carga. Otra opción sería retrasar los efectos de la deducción hasta que se tenga el control por parte de la ENL de los bienes.

10 LA NO DEDUCCIÓN POR MECENAZGO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS

La sección 170(c) del IRC define las aportaciones que dan derecho al mecenazgo como “*a contribution or gift to or for the use of...*” (una contribución o regalo o para el uso de...). No es posible, por tanto, la aplicación del mecenazgo a los servicios prestados(181). Se permite la deducción por dinero, por bienes, pero no por tiempo(182). Señala HOPKINS (2010, pág. 338) que las razones de no permitir la deducción son dos. Por un lado, en la medida en que el

(180) *Vide* KARAYAN (2010-2011, pág. 471 y ss). Esta autora señala que diversos profesores y los propios museos se han manifestado a favor de que la norma relaje sus exigencias, ya sea en plazos, posesión efectiva de la propiedad o valoraciones, a los efectos de incentivar las donaciones de obras de arte.

(181) Sí son deducibles por mecenazgo los *derechos* de terceros donados. Así, un contribuyente que adquiere el derecho a recibir lecciones de baile y dona esos derechos a una ENL puede deducirse por mecenazgo el valor de los mismos (*Revenue Ruling* 68-113, 1968-1 C.B.80).

(182) APRILL(2000-2001, pág. 863) advierte que la finalidad es que el sistema sea neutral y pone el ejemplo de un médico que ganara 1.000 dólares al día, y trabajara 5 días y donara el dinero de un día. En dicho caso, integraría en su renta 5.000 euros y se deduciría 1.000, por lo que el efecto sería que tributaría por 4.000 dólares. De la misma manera, si trabajara sólo 4 días y el 5 día realizara voluntariado, el efecto fiscal sería el mismo, en tanto sólo tributaría por 4.000 dólares que son los que efectivamente ha ganado.

servicio no se computa como ingreso, permitir la deducción por mecenazgo sería, de facto, permitir una doble deducción(183). Por otro, por las dificultades que para el IRS existirían en la valoración de tales servicios(184).

Lo que sí permite la normativa es la deducción de los gastos en que las personas físicas incurren para la prestación de esos servicios de carácter gratuitos a una ENL privilegiada(185). La razón de ser se encuentra en que no son gastos personales(186). Si los gastos no se llevan a cabo en beneficio propio sino de la ENL entonces se puede entender que son gastos realizados *para el uso* de las ENL. A efectos prácticos, lo anterior implica que se pueden deducir los gastos en que se incurran por desplazamiento (lo que incluiría la gasolina del vehículo, taxis, autobuses, gastos de comida, alojamiento, etc.), uniformes, reparaciones, etc(187). No son deducibles los gastos generales de reparación, mantenimiento o seguros genéricos, y sólo, como excepción, lo serán si están directamente relacionados con la

(183) Ese argumento, sin embargo, sería también extensible en el caso de ganancias de capital, donde la donación se aplica sobre el valor de mercado y donde la ganancia de patrimonio no se incluye en la renta declarada.

(184) HENDERSON y MALANI (2009, nota a pie 35) señalan con relación a los servicios que es muy difícil determinar el número de horas donadas y el valor de las mismas, porque los individuos tienden a exagerar las cantidades y las ENL no tienen ningún incentivo en corregir la valoración.

(185) La *Treasury Regulation* 1.170A-1(g) establece que *“No deduction is allowable under section 170 for a contribution of services. However, unreimbursed expenditures made incident to the rendition of services to an organization contributions to which are deductible may constitute a deductible contribution. For example, the cost of a uniform without general utility which is required to be worn in performing donated services is deductible. Similarly, out-of-pocket transportation expenses necessarily incurred in performing donated services are deductible. Reasonable expenditures for meals and lodging necessarily incurred while away from home in the course of performing donated services also are deductible. For the purposes of this paragraph, the phrase while away from home has the same meaning as that phrase is used for purposes of section 162 and the regulations thereunder”*.

(186) La *Revenue Ruling* (56-508-1956-2 C.B. 126), con relación al voluntariado con la iglesia y Cruz Roja, determina que no son deducibles los gastos personales.

(187) La sección 170 (j) hace mención a la deducibilidad de los gastos de desplazamiento, lo que incluye comidas y desplazamientos, siempre que se produzcan *“while away from home”* (mientras que estén fuera de casa). Con relación a la comida, señala la IRS *publication* 526 que no es deducible el coste de las mismas cuando se prestan servicios a ENL privilegiadas salvo que sea necesario pernoctar fuera, ya que en otro caso se consideran gastos personales. En el caso de la deducción por desplazamiento en vehículo propio, la Sección 170(j) establece el importe de la deducción en 14 centavos por milla.

prestación de los servicios gratuitos(188). Jurisprudencialmente se ha llegado a permitir la deducción de los gastos del personal y viajes de los donantes donde dicho personal prestaría sus servicios a la ENL privilegiada(189). En cualquier caso, y tal y como exige la norma, la deducción por mecenazgo alcanza a los “pagos” [sección 170(a)] por lo que no será deducible la amortización de los bienes.

Para la deducibilidad de los gastos se exigen varios requisitos (HOPKINS, 2010, pág. 340 y ss). (i) La cantidad no debe ser reembolsada; (ii) Debe tener una relación directa por los servicios que se prestan por la ENL; (iii) Son gastos en que se haya incurrido con ocasión del servicio; (iv) Deben ser necesarios y razonables en la cuantía; (v) Como se establece en la sección 170(j) no puede haber en esos gastos un elemento significativo de vacaciones, ocio o placer(190).

La deducción opera incluso en el caso de que la ENL compensara al voluntario, pero lo hiciera por un valor menor al coste. Si la ENL concede una compensación para cubrir dichos gastos, el contribuyente sólo debe tributar por el exceso de la retribución sobre sus gastos deducibles, y si estos fueran mayores, podría deducirse por la diferencia (IRS *publication* 526).

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Como en Estados Unidos, la prestación de servicios gratuitos no da derecho al mecenazgo. Sin embargo la posibilidad de considerar mecenazgo los gastos incurridos por los voluntarios me parece que debe ser incorporada a la normativa española porque encaja con los fundamentos de los incentivos fiscales al mecenazgo. Si un voluntario tiene que gastar dinero propio, que limita de su consumo personal, para dedicarlo de forma efectiva a una ENL privilegiada, el gasto tiene que considerarse como una donación, porque son gastos incurridos de forma personal pero por cuenta de terceros. El elemento clave estará en controlar el fraude y los abusos y poner los límites, y en este caso la ENL debe tener un papel

(188) *Revenue Ruling* 58-279 (1958-1 C.B. 145). En la misma se señala que esos gastos generales no son deducibles ni siquiera en la parte proporcional imputable a la ENL, ni tampoco que es deducible la amortización. Y en el caso del seguro, como su finalidad es la protección del individuo, tampoco da derecho al mecenazgo.

(189) *Rockefeller v. Commissioner*, 76 T.C. 178 (1981) citada por NOTE CHARITABLE DEDUCTIONS (1984-1985, nota a pie 58).

(190) Lo que se ha puesto de manifiesto con relación a ciertos servicios de voluntariado es cuál debe ser el tratamiento cuando se trata de actividades mixtas, donde la persona tiene que trabajar durante un tiempo y el resto lo tiene disponible para actividades personales, de tal manera que no es una ocupación plena. Esto se produce en viajes, campamentos, proyectos, etc. Señala HOPKINS(2010, págs. 344 y 345) que en estos casos el IRS entiende que el tiempo empleado en la actividad en comparación con el tiempo libre disponible tiene que ser muy elevado para que opere la deducción. Es decir, el elemento de disfrute personal tiene que ser insignificante.

determinante ya que en principio no tiene un interés contrapuesto en limitar la aportación de los voluntarios. La Ley 6/1996 reconoce el derecho del voluntario a “*Ser reembolsados por los gastos realizados en el desempeño de sus actividades*” [art. 6(e)]. Pero en el caso de que el voluntario no obtenga dicho reembolso de los gastos, debería poder optar a un beneficio fiscal que, al menos, compense los gastos personales necesarios para los servicios otorgados a una ENL de la 49/2002.

10.1 *Los servicios gratuitos de las empresas*

No sólo las personas físicas prestan servicios gratuitos. Las empresas, y en una medida considerable, también los hacen. La deducibilidad de los gastos gratuitos en que se incurre ha sido escasamente tratada por la doctrina estadounidense. Señala HALPERIN (2011, nota a pie 59) que no existen en la normativa una referencia sobre la no deducibilidad de los gastos no correlacionados, pero parece que los Tribunales determinan que no son deducibles los gastos no destinados o correlacionados, por aplicación de la sección 162, a la producción de ingresos o beneficios. Por tanto, como en España, los gastos incurridos no afectos a la actividad, no serían fiscalmente deducibles como gasto corriente de la actividad.

Lo que se plantea es si los gastos incurridos por la empresa para prestar servicios gratuitos sí pueden considerarse como una donación “*para el uso*” de la ENL privilegiada, de la misma manera que sucede con las personas físicas. Y la respuesta parece ser positiva. El artículo 170(c) incluye dentro de las donaciones las prestaciones “*para el uso*”, y aplicando la misma doctrina que para las personas físicas parece que sería merecedora de los beneficios fiscales del mecenazgo y todos los gastos incurridos y no reembolsados serían considerados como donaciones. El resultado final de esta construcción es que para los empresarios sí es deducible el mecenazgo por los servicios prestados, pero la base de la deducción es el coste incurrido (y no el valor de mercado de los servicios). Es decir, el tratamiento sería análogo al de la donación de existencias, lo que nos lleva a concluir que los servicios prestados por empresas de manera gratuita sí dan lugar al mecenazgo.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. En el caso de los empresarios los efectos económicos que se derivan de las donaciones de servicios son realmente perniciosos. A la ausencia de beneficios fiscales por los servicios se añade que el coste en el que incurren para prestar esos servicios no son un gasto deducible, al tratarse de liberalidades. Esto no es así en el País Vasco y Navarra donde sí se ha previsto un incentivo para la donación del trabajo gratuito realizado para las ENL mediante la deducción del coste de la prestación, incluida en su caso, la amortización de bienes cedidos. A mi parecer, la solución dada por el Derecho Americano y por el País Vasco y Navarra debe adoptarse. En el caso de servicios gratuitos a ENL privilegiadas, los costes incurridos deben ser deducibles de forma íntegra. Debido a los problemas de valoración que pueden existir, en el caso de los empresarios creemos que una opción adecuada sería la de optar por un gasto deducible en la base y no una deducción en la cuota, lo que evitaría posibles

fraudes.

A la anterior limitación hay que añadir un problema contable pero con incidencia tributaria. El nuevo Plan Contable de ENL (RD 1491/2011) determina en la Norma de Registro y Valoración 9.2 que las donaciones y subvenciones de *“carácter no monetario o en especie se valorarán por el valor razonable del bien o servicio recibido, siempre que el valor razonable del citado bien o servicio pueda determinarse de manera fiable”*. Por su parte, en el apartado 9.4.4 se establece que para el caso de servicios *“La entidad reconocerá en la cuenta de resultados un gasto de acuerdo con su naturaleza y un ingreso en concepto de subvención/donación por la mejor estimación del valor razonable del servicio recibido”*. Es decir, si un despacho de abogados prestara un servicio gratuito que se valorara por mercado en 100 unidades, el registro contable de la ENL sería reconocer un gasto por asesoramiento jurídico por 100 y un ingreso por donación de 100.

El problema es, a la vista de lo anterior, cómo tienen que contabilizar esa donación de servicios las empresas mercantiles, ya que el Plan General Contable no dice nada al respecto (RD 1514/2007). Lo que parece lógico, por un principio de coherencia y unidad, es que la empresa mercantil contabilizara, siguiendo el ejemplo anterior, un ingreso por 100 y una donación por la diferencia entre su coste y esos 100. Si esto fuera así, el registro contable tiene efectos fiscales por aplicación del artículo 10.3 del TRLIS y esto llevaría a la sociedad mercantil a computar un ingreso ficticio. Imaginemos que el coste de la entidad mercantil por los servicios prestados es de 20 unidades y el precio de mercado es 100. La sociedad mercantil debería computar un ingreso de 100, un coste de 20 y un donación de 80. Pero al no ser deducible la donación, debería tributar por el beneficio obtenido entre el precio de mercado y el coste (80 unidades).

La anterior situación no es tolerable en el sistema actual, en tanto atenta no sólo contra la justicia y la igualdad, sino también contra la capacidad económica. El régimen tributario de las donaciones de servicios debe ser objeto de una profunda revisión en la futura Ley de Mecenazgo. No es aceptable que una empresa sea penalizada tributando por unos beneficios presuntos (realmente inexistentes) cuando presta servicios gratuitos a ENL y donde, además, no se puede deducir tampoco el coste de los mismos.

Cuando son personas físicas profesionales o empresarios las que hacen los servicios gratuitos existe una diferencia con relación a las personas jurídicas. El artículo 28.4 de la LIRPF determina que *“Se atenderá al valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el contribuyente ceda o preste a terceros de forma gratuita o destine al uso o consumo propio. Asimismo, cuando medie contraprestación y ésta sea notoriamente inferior al valor normal en el mercado de los bienes y servicios, se atenderá a este último”*. La norma fiscal ha establecido una norma de calificación que obliga a los empresarios y profesionales a reconocer un ingreso por el valor de la prestación de servicios gratuitos cuando se presten a una ENL privilegiada o a cualquier otra persona. Se obliga a tributar por un beneficio no obtenido y, a su vez, la donación no es fiscalmente deducible. Esta norma debería ser objeto de revisión expresa en el IRPF y excepcionar su aplicación cuando el destinatario del servicio sea una ENL acogida a la Ley 49/2002. Además, el coste incurrido debería ser considerado gastos deducible.

10.2 *El uso de bienes*

Anteriormente hicimos mención a que en el IRC para que opere la deducción por donación es necesario que el donante no se quede con ningún *interest* en los bienes donados. Y sólo son deducibles las donaciones parciales cuando se donan intereses indivisibles que posteriormente tienen que llegar al 100%. Al ser el concepto de donación en este ámbito restrictivo, no se permite donar por la cesión del uso de inmuebles. Así, en la *Revenue Ruling* 89-51 (1989-15 IRB 5) se cuestiona si el derecho de uso de inmueble de un particular a una ENL privilegiada da derecho al mecenazgo y señala que no es posible porque la sección 170 no da cobertura al derecho de uso. Y en la *Revenue Ruling* 58-279 (1958-1 C.B. 145) se entiende que no cabe deducción por mecenazgo por el valor de mercado del uso de una avioneta, coche o telescopio ni tampoco por la amortización.

Lo anterior no obsta a que pueda aplicarse la misma regla a la que anteriormente hicimos mención para los gastos incurridos "*para el uso*" de la ENL. Sí serían deducibles los gastos reales que se hubieran efectuado y que fueran directamente imputables a la actividad realizada por la ENL por el uso del bien o inmueble.

10.3 *Las donaciones de derechos devengados por trabajo o servicios*

Una de las formas de mecenazgo consiste en que una persona realiza un determinado trabajo o servicio pero quiere que la cuantía devengada vaya a parar directamente a una ENL. Es el caso, por ejemplo, de ciertos conferenciantes que imparten un curso y solicitan que el dinero se ingrese en una ENL. En dicho caso, técnicamente, el tratamiento tributario es el de una prestación de servicios que debe integrarse en la base imponible y, a su vez, una donación por la cantidad económica transferida. De esta manera, la persona física tributa efectivamente, aunque luego tiene derecho a una compensación por mecenazgo. Es decir, si la conferencia diera derecho a una renta de 1.000 unidades, en Estados Unidos se integraría en su base imponible y se deduciría, de tal manera que el resultado final sería neutro si no se aplicaran los límites del 50% o 30%.

Sin embargo, en el caso de ciertos premios se ha establecido una excepción. La sección 74(3) del IRC determina que aquellos contribuyentes que obtengan premios derivados del reconocimiento de méritos logrados en el ámbito de la religión, mecenazgo, ciencia, educación, arte, literatura, que sean entregados de forma gratuita a una ENL, no integrarán dicho ingreso en su renta(191). Es decir, no tributa el ingreso y, como contrapartida, no hay derecho a la

(191) La sección 74(b) requiere para que se aplique esta regla que el premiado haya sido seleccionado sin ninguna acción de su parte para participar en el concurso o procedimiento y que no sea requerido a prestar servicios futuros como condición para recibir el premio.

deducción por mecenazgo. Mediante este sistema se evita totalmente la imposición sin que sea necesario que operen los límites de la base imponible(192).

Otro supuesto excepcional se conoció dentro de las medidas relacionadas con el Huracán KATRINA. En este caso el IRS (*Notice* 2005-68) permitió un sistema donde los trabajadores de las compañías podían cambiar días de vacaciones, días libres, o de bajas, por donaciones en metálico de sus empleadores para ayudar a las víctimas del Huracán. Los trabajadores no tendrían que integrar la renta en su IRPF y, a su vez, el empresario tendría un derecho al mecenazgo por la cantidad donada. Es decir, se evita de tener que integrar la renta en el IRPF y que opere la deducción por mecenazgo con los límites.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Al haberse establecido un sistema de deducción en la cuota en España estas operaciones no son neutras, pues dependen de la diferencia entre el tipo marginal y la deducción en la cuota. Este tipo de donaciones lo hacen generalmente personas con capacidad económica de tal manera que lo normal es que el tipo marginal sea superior al tipo de deducción, por lo que el resultado final es una pérdida neta. Es decir, si el importe por la conferencia es de 1.000 euros, su tipo de gravamen es del 48% y la deducción es del 25%, va a tributar efectivamente por la diferencia entre 48 y 25 (23%).

Sin embargo, si la deducción en la cuota se elevara hasta el 70%, la aproximación sería totalmente distinta en tanto el donante va a ahorrar, y por tanto recibir, la diferencia entre 48 y 70 (22% en impuestos). Es decir, recibiría por la conferencia un 22% de 1.000 por mecenazgo.

En cualquier caso, lo que sí creo que es importante es que, como mínimo, una persona que imparta una conferencia, curso u obtenga un premio donde la cantidad a la que tenga derecho vaya de manera íntegra a una ENL, no debería tributar por la misma.

11 OBLIGACIONES FORMALES PARA LA DEDUCCIÓN FISCAL DE LAS DONACIONES

Hemos visto hasta ahora cuál es la normativa sustantiva del mecenazgo en Estados Unidos.

(192) Otra medida parecida es la de los préstamos gratuitos. Los préstamos gratuitos concedidos a ENL (sin intereses) no se consideran donaciones que den derecho al mecenazgo, porque se entiende que se está donando un "*partial interest*". En Estados Unidos, quien concede un préstamo tiene que imputar en su base imponible el valor de mercado de los intereses en el caso de que haya concedido el mismo sin intereses o por debajo de mercado (sección 7872 del IRC). Sin embargo, en el caso de que el prestatario sea una ENL privilegiada, el prestamista no tendrá que integrar en su base imponible los intereses presuntos por su valor de mercado si el principal no excede de 250.000 dólares durante el ejercicio fiscal [*Treasury Regulation* 1.7872-5T(b)(9)]. Como puede verse, el resultado de la operación es neutra. No se tributa por el ingreso pero tampoco hay derecho a la deducción por donación.

Junto con dicho acervo, se regulan una serie de obligaciones formales que resultan esenciales a los efectos de controlar los efectos fiscales del mecenazgo(193).

11.1 Documentación en el caso de donaciones en dinero

La sección 170(f)(17) determina que no se permitirá la deducción por mecenazgo en el caso de donaciones en dinero a no ser que el donante guarde como justificante de dicha transferencia un resguardo bancario o bien una comunicación por escrito del donante donde conste: nombre de donatario; fecha de la donación y cuantía de la contribución. El justificante debe tenerlo el donatario antes de la fecha de presentación de su declaración de la renta. La documentación se configura como un requisito de la deducción y la falta del mismo da lugar a la no deducción y a la posible imposición de sanciones.

En el caso de que la donación sea de 250 dólares o superior, tomada de forma individual, no bastará con el resguardo bancario, y será necesaria la emisión de un certificado por parte de la ENL(194). La sección 170(f)(8) condiciona la aplicación de la deducción a que el donante obtenga el certificado de la ENL.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. La obligación de emitir certificados cuando se reciben donaciones en dinero se ha limitado en Estados Unidos para donaciones separadas superiores a 250 dólares, bastando por cantidades inferiores que el contribuyente guarde un resguardo del pago. En España, sin embargo, todas las donaciones, aunque sean insignificantes, debe estar soportadas documentalmente mediante certificado. Esta una cuestión que se debería reformar en España. El emitir certificaciones es una carga tributaria indirecta. Y si la entidad recibe muchas donaciones pequeñas (Iglesia, Cruz Roja, etc.) imponer ese deber sin límites puede ser desproporcionado para la ENL. El importe de 250 dolares es quizás demasiado elevado en el caso de España, debido a que el volumen de donaciones es mucho menor que en Estados Unidos, pero sí es aconsejable poner un umbral, al menos, para las grandes ENL.

(193) El PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM (2005) aconsejaba que para las donaciones pequeñas se redujeran las cargas administrativas referentes a la documentación, en tanto para el IRS verificar dichas deducciones tiene un coste/efectividad que hace que no tenga sentido revisarlas. Por otro lado, recomendaba que las ENL tuvieran que comunicar al IRS y al donante la información sobre la donación, aunque en el caso de donaciones inferiores a 600 dólares y, con el objeto de reducir las cargas administrativas, se exceptionara ese deber.

(194) La sección 170(f)(8) se refiere a pagos separados, de tal manera que la norma se aplica para las donaciones realizadas de forma individual y no por el conjunto. Se señala en la IRS *publication* 526 que no se pueden agrupar donaciones independientes, de tal manera que si se dona 25 dólares a la semana a una iglesia, cada donación es individual a los efectos del límite de los 250 dólares.

La declaración por donaciones superiores o iguales a 250 dólares debe contener la cantidad donada en dinero y la descripción (pero no el valor) de los bienes. Es decir, la ENL no determina en su certificado el valor de los bienes donados por un tercero, pero sí los identifica. Además, el certificado debe determinar si la ENL ha entregado algún bien o servicio a cambio (y en su caso del valor del mismo) como contrapartida de la donación realizada (*quid pro quo*)(195).

No obstante lo anterior, la *Revenue Regulation* 1.170A-13 establece excepciones con relación a las obligaciones de información de los bienes y derechos que la ENL entrega como contraprestación [1170A-13(8)]. No existe obligación de declarar la existencia de esos bienes y derechos, y por tanto, se entiende que el total entregado es donación en los siguientes casos(196):

- Cuando los bienes y derechos tienen un valor *insustancial*, entendiendo por tal aquel en el que el valor de los bienes recibidos no exceda de la menor de estas cuantías: el 2% de la contribución o, para el año 2012, de 99 dólares.
- Cuando los bienes y derechos tienen un valor *insustancial*, entendiendo por tales aquellos donde la donación es, al menos, en 2012, de 49,50 dólares y los únicos beneficios que recibe el donante no tienen mayor valor que un artículo de bajo coste, entendido por tal aquel que no excede, para el año 2012, de 9,90 dólares (*token exception*).
- Derechos de los miembros o asociados; en el caso de que la cuota satisfecha sea de 75 dólares o menos y los derechos de los miembros sean de carácter anual. En este caso, la norma reconoce dos supuestos. Uno, aquellos eventos exclusivos para los miembros de la entidad, y donde la ENL debe presupuestar el coste para los artículos de bajo coste [IRC 513(h)(2)]. El segundo supuesto es no exclusivo, y se trata del derecho al acceso de eventos donde los beneficios pueden ser descuentos en las entregas, acceso gratis al aparcamiento, acceso preferente a bienes y servicios(197).

(195) En el caso de que la contraprestación consista sólo en beneficios religiosos intangibles, deberá constar una declaración en ese sentido. Se entiende por beneficio intangible cuando no es vendido habitualmente al margen de las donaciones recibidas (como la admisión a los servicios religiosos).

(196) En el caso de programas o guías que se reparten a los miembros o patronos se entiende que no tienen valor suficiente y se considera que el total es donación (*Revenue Procedure* 90-12, 1990-1 C.B. 471).

(197) La *Revenue Ruling* 1.170A-13(8) pone varios ejemplos. Así, el caso de un centro de arte donde a cambio de 75 dólares se ofrece la posibilidad de adquirir los *tickets* con antelación al resto de los usuarios, aparcamiento gratuito durante los accesos a los eventos y un 10% de descuento en los artículos de *merchandising*. En el caso de que se paguen 150 dólares, se tienen los mismos derechos pero, además se regala un póster cuyo valor en la tienda es de 20 dólares. Pues bien, en

INCIDENCIA EN ESPAÑA. El régimen de información en USA engarza con el concepto de valor *insustancial* y cuando una contraprestación es de tan poca envergadura que ni siquiera es necesario informar. Esto supone, por tanto, que retornos testimoniales no impiden que la donación sea por el 100% de lo entregado. Y es una cuestión que debería tomarse en consideración en la normativa española. Las donaciones donde el retorno que se obtenga sea insustancial, no deben impedir que la donación sea del 100%. La clave estará en determinar cuándo existe ese valor insustancial y cuándo las ENL están excluidas de dar información al respecto.

11.2 *Las operaciones mixtas: donación y precio*

Cuando analizamos el concepto de donación hicimos mención a las *quid pro quo contributions* y al supuesto de operaciones que se podían desdoblar en dos, parte en donación y parte en precio. La sección 6115 del IRC ha determinado una serie de obligaciones documentales en el caso de prestaciones de servicios o entregas de bienes realizados por la ENL. Si la ENL recibe una "*quid pro quo contribution*" superior a 75 dólares, debe acompañar un justificante donde: (1) se informe al donante que la cantidad deducible a efectos fiscales se limita al exceso de la contraprestación que correspondería al valor de los bienes y servicios prestados por la organización; (2) debe proporcionar al donante un valor estimado "*de buena fe*" del valor de los bienes o servicios prestados por la ENL.

El IRC ha impuesto un régimen infractor autónomo para la ENL en el caso de que no entregue el certificado correspondiente (sección 6714 de IRC). La sanción es de 10 dólares por contribución y no puede exceder de 5.000 dólares por cada evento de *fundraising*. La ENL puede evitar la infracción si demuestra que la falta del certificado se debe a una causa razonable.

INCIDENCIA EN ESPAÑA. Como he señalado anteriormente, la ENL sólo está obligada a entregar y valorar en el caso de donaciones sustanciales. Es necesario establecer límites. En este caso son 75 dólares. Pero no la norma no obliga a deberes formales por cantidades insignificantes.

11.3 *Las donaciones en especie*

En aquellos casos donde se realizan donaciones en especie la norma ha establecido una serie de deberes documentales específicos.

(i) Si el importe es inferior a 250 dólares, la ENL debe emitir un recibo donde conste el nombre

el caso de que un asociado contribuya con 150 dólares, sólo recibe un certificado señalando que la ENL ha dado servicios por un valor de 20 dólares.

de la ENL, la fecha y localización de la donación y una razonable descripción detallada de la propiedad. El donante, por su parte, debe guardar la documentación necesaria para acreditar el derecho a la deducción. En concreto, tiene que poder justificar el valor de la donación. Si éste es el de mercado, ha de determinar cómo se ha fijado y, si ha habido una tasación, debe guardar una copia de la misma.

(ii) Si el importe es superior a 250 dólares, deberá contener la información a la que hacíamos mención anteriormente para las donaciones en dinero (en concreto, justificación de que la ENL no prestó ningún bien o servicio o, si los prestó, el importe de los mismos).

(iii) Si el importe de la donación supera los 500 dólares, el obligado tributario debe adjuntar a su declaración tributaria un impreso informativo específico como condición para que la donación sea deducible [sección 170(f)(11)]. Esta obligación no se exigirá a los sujetos pasivos del IS.

(iv) Como regla general se exige que se obtenga una tasación cualificada (*qualified appraisal*) para donaciones de bienes o derechos por un valor superior a 5.000 dólares donde debe adjuntar a la declaración información sobre los bienes y sobre la tasación.

(v) En el caso de donaciones superiores a 500.000 euros, se debe realizar una tasación cualificada (*qualified appraisal*) y adjuntar dicha tasación a la declaración.

11.4 *La responsabilidad del donatario en la donación*

En apartados anteriores hemos hecho mención a algunas sanciones autónomas en las que pueden incurrir las ENL como donatario. Es el caso de los certificados que tienen que emitir en el caso de los vehículos (sección 6720 del IRC), o en las *quid pro quo contributions* (sección 6714 de IRC). Como hemos señalado anteriormente, para la aplicación de ciertos límites o deducciones por mecenazgo se exige que, por parte de la ENL, se dé un determinado uso al bien. En este caso, la sección 6720B del IRC (*Fraudulent identification of exempt use property*) determina que si una propiedad (definida como se establece en la sección 170(e)(7)(C)) se identifica por la ENL como afecta a la actividad exenta (sección 501) y conoce que no será utilizada para ese uso se le sancionará con 10.000 dólares.

Por otro lado, es posible entender que las ENL colaboran en la comisión de un ilícito. En concreto en la sección 6700 del IRC (*Promoting abusive tax shelters*) y la sección 6701 (*Penalties for aiding and abetting understatement of tax liability*). Es decir, cuando se promueven planificaciones con el propósito principal de evadir impuestos o cuando se colabora para evitar pagar los impuestos debidos de otras personas. Se señala en un documento del IRS que las secciones 6700 y las 6701 no han sido aplicadas con frecuencia en el ámbito de

los incentivos fiscales al mecenazgo, y en cada caso deberán revisarse las situaciones de forma individual y verificar que se puede probar la participación de la ENL(198). Un ejemplo que cita es el de una ENL no privilegiada que afirma ante sus donantes que las aportaciones que le hagan sí dan derecho a gozar de los incentivos fiscales al mecenazgo. En este caso se entiende que la ENL es una promotora *tax shelter* y puede ser sancionada bajo la sección 6700 por realizar falsas manifestaciones al señalar que las donaciones dan derecho al mecenazgo (9.B. *Situation 2*). Otro ejemplo que se cita (16.C. *Situation 3*) es cuando un donante ofrece una escultura a un museo y se acepta el 1 de febrero de un año. El administrador del museo consiente en antedatar la donación a diciembre del año anterior para que el donante pueda deducirse fiscalmente. En este caso, el administrador del museo ha colaborado en la realización de un fraude fiscal de forma consciente, por lo que se cumplen todos los elementos para poder ser responsable bajo la sección 6701(199).

12 CONCLUSIONES: RESUMEN DE MEDIDAS QUE PUEDEN SER APLICABLES EN ESPAÑA

A lo largo de este trabajo hemos ido exponiendo los principales rasgos de los incentivos fiscales al mecenazgo en Estados Unidos e identificando aquellas cuestiones que podrían ser útiles en la futura reforma de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo. Son varias las cuestiones que pueden adaptarse a la normativa española, pues no en vano la filosofía y fundamentos de los beneficios al mecenazgo tienen los mismos basamentos en los distintos países. La diferencia fundamental, a nuestro juicio, es que en el sistema americano la intención de la norma es que los donantes puedan beneficiarse de forma íntegra de los incentivos al mecenazgo. El legislador español ha determinado, al menos para las personas físicas, un conjunto normativo donde parece que la intención última es que sólo donaciones cuantitativamente pequeñas puedan gozar de los beneficios fiscales. No es lógico que un contribuyente persona física de Estados Unidos que tenga renta de 200.000 unidades y done 100.000, se pueda deducir hasta 7 veces más en dicho país que en España. Al margen de esa consideración general, creemos que a la vista de la normativa de los Estados Unidos, en España podrían adoptarse varias de las medidas de dicha legislación.

(i) A la hora de afrontar una reforma del mecenazgo hay que partir del hecho de que los

(198) En "*Application of IRC 6700 and IRC 6701 to charitable contribution deductions*" (by Michael Seto, David Jones and Gerry Sack)(1999 EO CPE Text), en la página web del IRS (<http://www.irs.gov/pub/irs-tege/eotopicm99.pdf>).

(199) Con relación a las ENL y su participación en *tax shelter* puede verse también HOPKINS (2010 pág. 423 y ss).

incentivos fiscales al mecenazgo tienen la naturaleza de subsidio o subvención indirecta a las ENL. Las deducciones fiscales al mecenazgo son recursos públicos que se destinan a una ENL elegida por el donante. Son transferencias de impuestos donde la Administración queda al margen de su distribución o control. Cuando una persona dona 100 unidades a una ENL y tiene derecho a una deducción de 25, el contribuyente aporta 75 unidades propias y elige que otras 25 que son impuestos vayan a parar a una determinada ENL.

Esa idea de subsidio o subvención debe llevar aparejado un control sobre las ENL y deben definirse de manera precisa qué entidades cumplen con los requisitos necesarios. Es más, a mi juicio, debe suprimirse el artículo 68.3(b) de la LIRPF que determina que también se podrán deducir *“El 10 por ciento de las cantidades donadas a las fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano del protectorado correspondiente, así como a las asociaciones declaradas de utilidad pública”* cuando no estén en la Ley 49/2002. No debería ser posible dar un subsidio o subvención indirecta del 10% a entidades que no estén controladas por la AEAT ni tengan un marco jurídico tributario que justifique que reciban esas cantidades.

(ii) Una cuestión de base a la hora de afrontar la reforma de la Ley 49/2002 (se entiende para mejorar las actuales condiciones) es determinar cuál es la finalidad buscada, teniendo en consideración el aumento de donaciones esperado y el coste fiscal que tendrá para la Hacienda Pública. Y para realizar dicho análisis sería necesario tener datos sobre el mecenazgo en España y su coste fiscal en una serie temporal relevante. En cualquier caso, hay que partir de que la actual situación de crisis, unida a la elevación de la presión fiscal, especialmente en el IRPF y en el IVA, ha supuesto que la renta disponible para donar haya disminuido. A esto hay que añadir un decremento de las subvenciones de las Administraciones a ENL y una disminución de las prestaciones que cubren las Administraciones públicas. Por tanto, una mejora de los incentivos al mecenazgo puede hacerse no esperando que se aumenten las donaciones, sino con el ánimo de que al menos no disminuyan los recursos que las ENL tenían antes de la crisis. Por último, es necesario tener en consideración que si se quiere instaurar una cultura del mecenazgo, de la carecemos en España, los beneficios fiscales deberían ser especialmente generosos. Los anteriores hechos nos llevan, de nuevo, a la idea de base de la reforma, y es determinar cuál es la finalidad de la misma. A mi juicio, si lo que se quiere es aumentar el volumen de donaciones en España (o que al menos no disminuyan) con el objeto de paliar los anteriores inconvenientes (la disminución de la renta disponible de los contribuyentes, la disminución de las subvenciones y de prestaciones públicas, y la instauración de la cultura del mecenazgo), los incentivos fiscales deben ser muy generosos y no se debe esperar como efecto una elasticidad uno, sino menor.

Por otro lado, cuando en Estados Unidos se analiza una reforma financiera, se hacen análisis y estudios económicos previos sobre qué efectos pueden tener en la recaudación y en la cuantía de las donaciones una modificación de los incentivos fiscales, ya sea incrementándose

o disminuyéndose. Esto, por ejemplo, se ha hecho con la propuesta OBAMA que pretende, como una medida para paliar el déficit, la de restringir los beneficios fiscales al mecenazgo. En España, por lo que sabemos, no hay nada comparable. El Gobierno ha avanzado que hará una reforma de la Ley del Mecenazgo sin que parezca que haya datos sobre cuál puede ser el incremento de las donaciones si se aumentan los beneficios fiscales, o viceversa.

(iii) En Estados Unidos el sistema de los incentivos fiscales al mecenazgo se ha regulado mediante una reducción en la base imponible operando al tipo marginal del contribuyente persona física. Esto supone que quienes estén en un tramo superior de la base tendrán mayores beneficios fiscales, pero también que se exime de tributación totalmente por la renta ganada que se dona. El fundamento de esta medida radica en la idea de que beneficiar a los contribuyentes de rentas altas incrementará las donaciones a las ENL, que es el efecto final buscado. En España, y debido a nuestro sistema de tipos de gravamen, una deducción en la cuota del 25% en el IRPF, unido al límite de la deducción del 10% de la base liquidable, tiene como efecto real que la mayoría de las donaciones realizadas no eliminan la tributación sobre la renta ganada. Sobre el dinero donado, el contribuyente tendrá que pagar impuestos por la diferencia entre su tipo marginal y el tipo del 25%. Una de las medidas que debe incorporarse en la norma española es la eliminación total de la tributación por donaciones. Creemos que en el caso de las personas físicas un incentivo real al mecenazgo debe tener un mínimo (por ejemplo el 25%, para beneficiar a las rentas bajas) y, a la vez, evitar la tributación efectiva por las donaciones realizadas para los contribuyentes de rentas altas. Es decir, si dono 100 y el tipo de gravamen marginal es 52 y un tipo medio de gravamen del 40, el tipo de deducción debe ser como mínimo el 40% (tipo medio) y lo ideal sería que llegara hasta el marginal para eliminar la tributación de manera completa. De esta manera, se evita la tributación efectiva que se produciría por la diferencia entre el tipo de gravamen y la deducción en la cuota. Y para aquellos con un tipo medio inferior al 25%, la deducción se mantendría en el 25%, incentivando más sus aportaciones, al ser quienes menos renta disponible tienen. Es más, la deducción puede incluso llegar a ser el 60 o el 70% si lo que se pretende no es sólo evitar la tributación de las rentas donadas, sino dar un paso más e intentar aumentar las donaciones en España.

En el caso de las personas jurídicas, y a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, el régimen de deducción del mecenazgo es más beneficioso que en Estados Unidos con relación al porcentaje de deducción. Mientras que en USA lo que se hace es eliminar la tributación de la donación mediante una deducción en base, en España hay una deducción del 35%, pero la salida económica no se considera gasto deducible al tipo del 30% (o menos para las entidades de reducida dimensión). Eso supone que si una persona jurídica tiene un beneficio de 100 unidades, el resultado final es que no sólo no se tributa por el mismo, sino que obtiene una renta positiva adicional por la diferencia entre el tipo de gravamen y la deducción en la cuota (una diferencia del 5% para las grandes empresas).

(iv) Una diferencia fundamental con el mecenazgo en Estados Unidos para el caso de las personas físicas son los límites de lo que se puede donar cada ejercicio. En Estados Unidos, se puede deducir lo donado hasta el 50% o del 30% sobre la base imponible. Y, además, en el caso de que operen ese límite, las partidas pendientes se pueden compensar durante los 5 siguientes ejercicios. En España, el límite del 10 por 100 sobre la base liquidable unida al hecho de que el exceso no se puede compensar en años posteriores, implica una concepción del mecenazgo de mínimos, en tanto no permite beneficiar más que una cantidad poco significativa y que opera, además, sobre la base liquidable. Es decir, la obligación de contribuir al Estado se sobrepone a cualquier otro interés de una manera que no deja lugar a dudas. Van a quedar fuera del mecenazgo las donaciones significativas, aquellas que representan un mayor compromiso. A mi juicio, una apuesta real por el mecenazgo supone aumentar los límites de una manera considerable. El 10% sobre la base liquidable es una cantidad exigua. Debería aumentarse sustancialmente e, incluso, debería operar sobre la base imponible. Además, en el caso de que opere el límite, las cantidades no deducidas deberían poderse deducir en los 4 años siguientes.

En casos excepcionales se ha permitido en Estados Unidos incluso deducir el 100% de lo donado (como en el desastre del huracán KATRINA). La posibilidad de elevar los límites del mecenazgo, en el caso de circunstancias excepcionales, es una opción de política legislativa que debería estudiarse.

(v) En España las ENL acogidas a la Ley 49/2002 lo hacen mediante un sistema de comunicación en el que de forma unilateral afirman que son entidades privilegiadas pero donde la Administración, a posteriori, puede determinar que no cumplían con los requisitos normativos. Esta situación deja a los donantes en una posición difícilmente sostenible, pues la Administración puede exigir, con intereses, a los donantes las cantidades indebidamente deducidas. En Estados Unidos el diseño se ha hecho protegiendo los intereses del donante. Si la ENL se ha calificado como privilegiada por parte de la Administración, las donaciones que se realicen hasta que se publique la revocación serán deducibles en todo caso. Y la publicidad de las ENL privilegiadas es lo que determinará la actuación diligente del contribuyente. Si han donado a una ENL que no estaban en la lista publicada por el IRS, la responsabilidad será del donante, pero si en el momento de la donación la ENL estaba calificada como privilegiada, dará derecho al mecenazgo. A mi parecer, el sistema español no es sostenible en este punto. Si el donante no ha participado ni conocía que la ENL no cumplía con los requisitos para estar acogida a la Ley 49/2002, no puede responder de la pérdida fiscal que supone que la donación no sea deducible. Es necesario dar una respuesta legislativa en este punto. Las soluciones son varias, pero el efecto final debe ser, a mi juicio, que la deducción indebidamente realizada por el contribuyente debe ser soportada por la ENL incumplidora. Es decir, si una persona dona 100 unidades y se dedujo 25, la cantidad indebidamente deducida de 25 no puede ser soportada por el contribuyente sino por la ENL que, en su caso, debería responder de forma

autónoma por una sanción que se le impusiera *ad hoc*. Y entiendo que el sistema tiene que ser directo. Es decir, la AEAT debe exigir de forma directa el dinero indebidamente deducido a la ENL para que, en su caso, pueda ejercer su derecho a la defensa si entiende que sí cumplía los requisitos. El sistema indirecto, por el cuál la AEAT actuaría contra el contribuyente y se le reconocería legalmente un derecho a recuperar civilmente los fondos supondría una carga indirecta para el donante (que no tiene las potestades declarativas y ejecutivas de la Administración).

(vi) La Ley 49/2002 sólo considera como entidad beneficiaria del mecenazgo a las entidades españolas o a las “*Delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones*” [art. 16(a) por remisión al art. 2]. No hay beneficio alguno para el mecenazgo a ENL extranjeras que no actúan en nuestro país. Sin embargo, no hay límite para que la ENL realice sus actividades en España, de tal manera que puede reconducir tanto los fondos como las actividades, sin límite, al extranjero. De hecho, las ONG de Desarrollo son una de las reconocidas de forma expresa en el artículo 2 de la Ley 49/2002. Es más, en España, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, ni siquiera se exige que la ENL doméstica sea un donatario real y no meramente nominal o intermediario. Una de las cuestiones que habría que plantearse es el sentido que tiene excluir a las ENL extranjeras del mecenazgo cuando de forma indirecta se permite el mismo. A esto hay que añadir que la normativa española no ha incorporado a su normativa la doctrina del TJCE [Sentencias de 21 de marzo de 2009 (PERSCHE, As. C-318-07) y de 16 de junio de 2011 (COMISIÓN/REPÚBLICA DE AUSTRIA, As. C-10/10)] que proscriben la discriminación que supone impedir deducirse por las donaciones realizadas a una ENL constituida en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del estado del donante. El Estado del donante debe permitir la deducción fiscal siempre que exija a la entidad no residente los mismos requisitos que impone a las ENL residentes y siempre que pueda comprobar su cumplimiento.

(vii) En Estados Unidos se permite el mecenazgo cuando existen operaciones híbridas, ya que se entiende que no sería adecuado con la finalidad de los incentivos fiscales al mecenazgo denegar una deducción cuando en una operación con contraprestación el beneficio es mucho menor que el pago realizado a la ENL. En este supuesto el negocio debe tener un “*carácter dual*” de pago y donación. Por tanto, en los negocios mixtos parte de la operación puede calificarse como donación (y gozar de los derechos del mecenazgo) y parte como operación sinalagmática. Lo que se valora es si el precio recibido o pagado por la ENL a cambio del bien o servicio es proporcional a la cantidad entregada (*quid pro quo contribution*). Así, por ejemplo, si en una cena benéfica un contribuyente paga 100 cuando el valor de la cena es de 20, se considera que ha habido una donación por 80. De la misma manera, si un bien que vale 100, se vende por 20 a una ENL, se entiende que hay donación por 80. El desdoblamiento de una operación en dos no existe en el mecenazgo en España, donde sólo se conoce el tratamiento jurídico puro; o hay contraprestación, y entonces se aplican las reglas mercantiles para la venta

o servicios, o no la hay y se trata de una donación. Se aplica el régimen jurídico a la totalidad de la operación, sin que existan posibilidades intermedias. La situación llega al extremo en el caso de los convenios de colaboración, donde a pesar de que existe cierta contraprestación la Ley ha reconvertido íntegramente la operación en una donación (no existe prestación de servicio). Sin embargo, la aproximación del Derecho de los Estados Unidos creemos que debería ser adoptada en el Derecho Español, como ha hecho el Plan General de Contabilidad de las Entidades sin Fines Lucrativos para ciertas operaciones. Los negocios jurídicos deben poder dividirse en dos. Esto permitiría solventar una serie de problemas que hasta ahora presentan una difícil solución.

(viii) En Estados Unidos se ha regulado el tratamiento del reconocimiento del donante cuando se hacen donaciones y hasta qué punto se considera que hay un mero reconocimiento (y por tanto no tiene valor sustancial y se asimila a una donación) y cuándo se supera ese reconocimiento y la operación pasa a ser considerada publicidad (al menos parcialmente). Es un problema similar al que existe en España en los convenios de colaboración y la publicidad, aunque la aproximación es distinta. A mi juicio, en la reforma del mecenazgo expresamente debería reconocerse que el mero reconocimiento del donante en el caso de personas físicas es donación porque no tiene valor sustancial. Es decir, que aparezca el nombre de una persona física, en un edificio, en unas jornadas, en una investigación, etc. no debe tener valor sustancial y debe asimilarse a una donación. En el caso de las empresas es distinto en cuanto a sus efectos, ya que el importe será deducible como gasto correlacionado, si se considera publicidad, o como deducción en la cuota si es donación.

(ix) En Estados Unidos se ha cuestionado doctrinalmente la procedencia de las donaciones en el ámbito de las empresas, en tanto su actividad debe ir destinada a maximizar el beneficio de los accionistas. Es más, el mecenazgo se incardina dentro de la Responsabilidad Social Corporativa y se parte de la base de que, realmente, cuando una entidad dona lo hace intentando maximizar su beneficio a largo plazo. De esta manera, las donaciones se pueden considerar como un gasto más correlacionado con la actividad empresarial. En mi opinión, una de las primeras cuestiones que deben plantearse en la reforma del mecenazgo en España es si tributariamente resulta aceptable el no considerar como gasto deducible los “*donativos o liberalidades*” [art. 14.1(e) del TRLIS] o, por el contrario, cuando una entidad dona a una ENL lo hace fundamentándose en la Responsabilidad Social Corporativa y buscando beneficios indirectos futuros y, en consecuencia, dicho gastos sí podrían ser deducibles. En España este régimen ha sido aceptado por la DGT en el IVA a propósito de los servicios jurídicos pro-bono (Contestación de 26 de octubre de 2009, consulta núm. V2396-09) donde se afirma que “*no resulta procedente entender que la prestación del servicio de asesoramiento y formación gratuitos satisface necesidades privadas, dado que su finalidad consiste, en última instancia, en la provisión de un servicio que sirve primordialmente a los fines de la empresa*”. En definitiva, en la próxima reforma de la Ley del Mecenazgo un paso previo debe ser definir el

concepto de donativo y liberalidad no deducible fiscalmente y su relación con la Responsabilidad Social Corporativa. Si se pudiera entender que los donativos y liberalidades realizados por las empresas, ya sean dinerarios o en especie, son deducibles sin límite si se vinculan a la Responsabilidad Social Corporativa, los actuales parámetros de la Ley 49/2002 deberían ser objeto de una revisión profunda, en tanto las empresas podrían donar a cualquier entidad, acogida o no a la Ley 49/2002, realizar directamente actividades de cualquier tipo, y el gasto sería, al menos, deducible a su tipo de gravamen. Es decir, podrían no necesitar una Ley de Mecenazgo en los actuales términos, ya que el beneficio tributario de considerar un gasto deducible en la base imponible frente a una deducción en la cuota depende de la diferencia de tipos. Si el gasto por Responsabilidad Social Corporativa fuera deducible en base al tipo del 30 por 100 y la deducción en la cuota es del 35 por 100 por mecenazgo, el beneficio sería tan limitado (un 5 por 100) que realmente la Ley de Mecenazgo podría quedar vaciada de contenido. Y más si, como ocurre en la actualidad, los gastos deducibles en base carecen de límite mientras que las deducciones en cuota no pueden exceder para cada año del 10 por 100 del resto de la base imponible (art. 20.2 de la Ley 49/2002). Pero si la reforma proyectada fueran unos incrementos de tipos en cuota elevados de hasta el 60% para las personas jurídicas, el régimen de deducción en la cuota sería mucho más beneficioso que el de gasto deducible y la Ley de Mecenazgo supondría un verdadero beneficio frente a la Responsabilidad Social Corporativa. En cualquier caso, la Responsabilidad Social Corporativa no debe vincularse a la Ley 49/2002. Las entidades mercantiles podrían donar, prestar servicios gratuitos, organizar eventos, etc., en favor de una ENL de la Ley 49/2002, de otro tipo de ENL o, incluso, de las personas físicas directamente. En dicho caso, una concepción amplia de la Responsabilidad Social Corporativa implicaría que el gasto pudiera ser deducible directamente. Sin embargo, si la Responsabilidad Social Corporativa se confeccionara mediante donaciones a ENL de la Ley 49/2002, lo que el legislador determinaría es un régimen especial más beneficioso para este tipo de actividades. Y ese régimen pasaría porque los tipos de deducción en la cuota sean muy superiores al tipo de deducción en base.

(x) En Estados Unidos, la regla general para determinar la base de la deducción para donaciones de bienes y derechos en especie es acudir al valor de mercado, salvo en el caso de empresarios que donen existencias. La base de la deducción de bienes en especie es algo que debería estar sometido también a revisión en España. En el IRPF, la norma remite al valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio [art. 18.1(b)]. Pero se trata de una normativa donde el criterio de valoración no es homogéneo y donde las opciones de su articulado radican en razones de practicabilidad administrativa y no de justicia o capacidad económica (como ocurre con las acciones no cotizadas o con los inmuebles). El Impuesto sobre el Patrimonio es un impuesto donde el valor de mercado opera con carácter residual y se han establecido, en general, criterios de valoración objetivos con el ánimo de buscar una automaticidad en las valoraciones que eviten conflictos entre Administración y contribuyentes. Pero esta justificación carece de sentido, por injusta y arbitraria, cuando se

trasladan tales reglas de valoración al mecenazgo. A mi juicio, para las personas físicas la base de la deducción debe ser el valor de mercado, salvo en aquellos casos donde se hayan hecho actividades de carácter especulativo.

En el Impuesto sobre Sociedades y de los empresarios, en España se acude al valor contable. Y, en mi opinión, es una norma que debería ser objeto de revisión. Creo que el criterio establecido en Estados Unidos es adecuado. Las donaciones de activos deben valorarse por mercado, mientras que las donaciones de existencias por su valor de coste. No vemos razón alguna por la cual deba existir una diferencia de base de deducción entre una persona física que dona un inmueble, un cuadro, unas participaciones, de cuando sea una empresa. Se produce una discriminación no justificada por razón del donante. En definitiva, si la norma quiere incentivar el mecenazgo, una de las medidas que deben implementarse es establecer como valor de referencia el valor de mercado, estableciendo, a su vez, una normativa para evitar los abusos y los fraudes.

Por otro lado, y para las donaciones de existencias por parte de empresas, la norma americana permite deducir por encima del valor de coste en el caso de ciertos bienes o servicios. Esa posibilidad de establecer excepciones al valor de coste en las existencias es un elemento de política legislativa que debería ser adoptado por el legislador español. Pensemos en la situación de crisis tan profunda de nuestro país y el hecho de que donaciones de alimentos, medicinas, o libros por empresas puedan ser una solución para dotar de recursos a ciertos beneficiarios. A nadie se le escapa que permitir a una empresa deducir sobre el valor de mercado de los bienes donados a los comedores de Cáritas o a medicinas, ropa o vehículos, en el caso de Cruz Roja Española es una medida que puede hacer que muchas personas puedan resultar beneficiadas. Ciertamente, puede haber problemas, especialmente con arreglo a la igualdad, a la hora de elegir los bienes concretos o, incluso, los requisitos de los beneficiarios. Pero los beneficios que se pueden obtener creo que son mucho mayores.

(xi) Cuando se emplea el valor de mercado como base de la deducción en España no existe mención alguna ni a quién debe determinar ese valor (si el donante o la ENL) ni a la prueba que se exige para justificarlo. Parece acertada la solución en Estados Unidos de que sea quien solicita el beneficio fiscal (el donante) el encargado de valorar y, en su caso, quien debe afrontar las consecuencias de una incorrecta valoración. En Estados Unidos se ha establecido el deber de tasar los bienes cuando su importe sea superior a 5.000 dólares, con el objeto de evitar fraudes. Exigir una tasación por una donación implica un doble coste que debe soportar el donante. El de la donación y el de la tasación. A esto hay que añadir que la tasación no tiene efectos vinculantes para la Inspección. A mi juicio, solicitar tasaciones a partir de ciertas cuantías parece una solución adecuada. El límite de dicha cuantía es lo que habría que determinar y 5.000 dólares parece una cantidad prudente. Por último, están los deberes de información y cuándo se debe adjuntar la tasación con la primera declaración. A mi parecer,

parece una medida proporcionada, como sucede en USA, informar desde el primer momento, a los efectos de probar y acreditar que la tasación se ha realizado de forma previa.

En Estados Unidos el hecho de valorar los bienes por mercado ha dado lugar a abusos y fraudes. Entre las medidas que se han implementado para evitarlo está la de establecer un tipo infractor específico derivado de la falta de ingreso por donaciones sobrevaloradas. Y, además, se sanciona de forma independiente, y no como un supuesto de responsabilidad tributaria, la participación de un tasador en la comisión de una infracción. El tasador tiene un papel decisivo en el caso de donaciones de bienes de valor significativo y resulta necesario establecer cortapisas especiales a los efectos de que el tasador de parte tenga interés en valorar de forma adecuada, y el sistema de infracciones personales supone en avanzar en dicho sentido, a diferencia de la responsabilidad tributaria.

(xii) En Estados Unidos cuando se donan partes de bienes se ha establecido una serie de obligaciones con el objeto de que el donatario pueda disponer del bien y, de esta manera, aplicarlo a sus fines fundacionales. En España, es posible donar un porcentaje de un cuadro, inmueble, etc., y dará derecho al mecenazgo incluso si el donante se quedase con la posesión efectiva del bien, con el consentimiento del donatario. En dicho caso se puede producir una de las inconsistencias del sistema del mecenazgo; se concede una deducción actual mientras que la ENL no puede afectar el bien donado a sus fines. Esta cuestión, por tanto, podría ser objeto de regulación expresa. Si se dona un porcentaje de la propiedad de un bien, debe asegurarse que el mecenazgo cumple con sus fines tributarios, exigiendo que la ENL pueda disfrutar de forma inmediata de los bienes donados en favor de sus beneficiarios, siempre que esa disposición parcial sea un beneficio y no una carga. Otra opción sería retrasar los efectos de la deducción hasta que se tenga el control por parte de la ENL de los bienes.

(xiii) En Estados Unidos, la prestación de servicios gratuitos no da derecho al mecenazgo. O mejor dicho, no da derecho a que éstos se valoren por mercado, porque sí son deducibles los gastos incurridos por los contribuyentes que se hagan en beneficio de la ENL. Esto es especialmente significativo en el caso de los voluntarios, donde se les permite deducir los gastos efectivamente pagados (viajes, comida, uniformes, etc.) para poder realizar sus actividades con la ENL. Pero sucede lo mismo para las empresas, donde los gastos realizados para dar servicios a las ENL también se consideran “mecenazgo”. En mi opinión, este tratamiento debería ser incorporado en nuestra norma. Si un voluntario tiene que gastar dinero propio, que limita de su consumo personal, para dedicarlo de forma efectiva a una ENL privilegiada, el gasto tiene que considerarse como una donación, porque son gastos incurridos de forma personal pero por cuenta de terceros. El elemento clave estará en controlar el fraude y los abusos y poner los límites y en este caso la ENL debe tener un papel determinante ya que en principio la ENL no tiene un interés contrapuesto en limitar la aportación de los voluntarios. En el caso de las empresas, la regulación en España debe ser doble. Por un lado, que los

servicios prestados a ENL privilegiadas no se valoren por mercado. La valoración por mercado es obligatoria en el artículo 28.4 de la LIRPF, en una norma realmente abusiva, y en el caso de los sujetos pasivos del IS parece que, por la operativa contable, también. Los servicios prestados a ENL privilegiadas no deben dar lugar a ingresos tributables y, además, deberían declararse como gastos deducibles los incurridos para prestar los servicios gratuitos.

(xiv) En Estados Unidos el deber de emitir certificados cuando se reciben donaciones en dinero se ha limitado para aportaciones superiores a 250 dólares, bastando por cantidades inferiores que el contribuyente guarde un resguardo del pago. En España, sin embargo, todas las donaciones, aunque sean insignificantes, deben estar soportadas documentalmente mediante certificado. Esta cuestión se debería reformar en España. El emitir certificaciones es una carga tributaria indirecta. Y si la entidad recibe muchas donaciones pequeñas (Iglesia, Cruz Roja, etc.) imponer ese deber sin límites puede ser desproporcionado para la ENL. El importe de 250 dolares es quizás demasiado elevado en el caso de España, debido a que el volumen de donaciones es mucho menor que en USA, pero sí es aconsejable poner un umbral, al menos, para las grandes ENL.

(xv) Si se apuesta por una reforma del mecenazgo que tenga una mejora de incentivos importante (aumento en los porcentajes, límites, valor de mercado, operaciones mixtas, etc.) el efecto temporal durante la tramitación de la reforma puede ser especialmente pernicioso para las donaciones, en tanto el efecto anuncio de la publicación en las Cortes del Proyecto de Ley puede llevar a que las donaciones se limiten de forma drástica esperando a que la nueva norma entre en vigor. Esa situación puede ser doblemente negativa, porque si la tramitación de la norma es larga, no sólo se pueden paralizar las grandes donaciones durante un tiempo sino que incluso esas donaciones no se realizarán posteriormente, ya que al acumularse con las programadas para el futuro el importe sea tal que desincentive al donatario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACKERMAN, D. y AUTEN, G. (2011), "Tax expenditures for noncash charitable contributions", *National Tax Journal*, núm. 64,
- ALLÍ TURRILLAS, J. C., (2012), *La fundación ¿una casa sin dueño? (gobierno, responsabilidad y control público de las fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid.
- APRILL, E.P., (2000-2001), "Churches, politics, and the Charitable contribution Deduction", *Boston College Law Review*, núm. 42.
- ARCHER, C. C., (2011-2012), "Private benefit for the public good: promoting foundation investment in the «fourth sector» to provide more efficient and effective social missions", *Temple Law Review*, núm.84
- BENSHALOM, I., (2009), "The Dual Subsidy Theory of Charitable Deductions", *Indiana Law Journal*, núm. 84.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., y MARTÍN DÉGANO, I., (2012a), *Manual tributario de Entidades no Lucrativas (Asociaciones y Fundaciones)*, Centro de Estudios Financieros
- (2012b) "Aspectos problemáticos y propuestas de reforma de la Ley 49/2002 en materia de mecenazgo", *Crónica Tributaria*, en prensa.
- BNA TAX MANAGEMENT PORTFOLIOS (2012), *Definition of Charitable Contribution*, en Westlaw,
- BRUDNEY, V., y FERRELL, A., (2002), "Corporate Charitable Giving", *University of Chicago Law Review*, núm. 69.
- CENTER ON PHILANTHROPY AT INDIANA UNIVERSITY (2011, October) "Impact of The Obama Administration's Proposed Tax Policy Changes on Itemized Charitable Giving", en <http://www.philanthropy.iupui.edu/Research/docs/ObamaTaxChanges2011.pdf>.
- COLLITON, J. W., (1980) "The Meaning of «Contribution or Gift» for Charitable Contribution Deduction Purposes", *41 Ohio St. L.J.*
- COLOMBO, J. D., (2001), "The marketing of philanthropy and the charitable contributions deduction: integrating theories for the deduction and tax exemption", *Wake Forest Law Review*, núm. 36.
- CONGRESS BUDGET OFFICE (CONGRESS OF THE UNITED STATES), (2011, May), "Options for changing the Tax treatment of Charitable giving", en <http://www.cbo.gov/>.
- CORDES, J., (2011), "Re-thinking the deduction for charitable contributions: evaluating the effects of deficit-reduction proposal", *National Tax Journal*, December, 64 (4)
- CORDS, D., (2007-2008), "Charitable contributions for disaster relief: rationalizing tax consequences and victim benefits", *Catholic University Law Review*, núm. 87.
- DEPARTMENT OF THE TREASURY (December 2011), "Report to Congress on Supporting Organizations and Donor Advised Funds Department", en <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Supporting-Organizations-and-Donor-Advised-Funds-12-5-11.pdf>.
- DRENNAN, W. A., (2011), "Where generosity and pride abide: charitable naming rights",

University of Cincinnati Law Review, núm. 80

- EISENBERG, M. A., (1998) Corporate Conduct That Does Not Maximize Shareholder Gain: Legal Conduct, Ethical Conduct, the Penumbra Effect, Reciprocity, the Prisoner's Dilemma, Sheep's Clothing, Social Conduct, and Disclosure", *Stetson Law Review*, núm. 28
- ELHAUGE, E., (2005), "Sacrificing corporate profits in the public interest", *New York University Law Review*, núm. 80.
- EUSTICE, J. S. (2012), *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, Thomson Reuters.
- FAULHABER, L. V., (2012), "The hidden limits of the charitable deduction: an introduction to hypersalience", *Boston University Law Review*, núm. 92.
- FERRIS, J. (1998). "The Role of the Nonprofit Sector in a Self-Governing Society: The View from the United States" *Voluntas* 9 (2).
- FOLLAS, E. J., (2007-2008), "«It belongs in a museum»: appropriate donor incentives for fractional gifts of art", *Notre Dame Law Review*, núm. 83.
- GALLE, B., (2009-2010), "Keep Charity Charitable", *Texas Law Review*, núm. 88.
- GERGEN, M. P., (1988), "The case for a charitable contributions deduction", *Virginia Law Review*, núm. 74.
- GERZOG, W. C., (2008), "From the Greedy to the Needy", *Oregon Law Review*, núm. 87
- HALPERIN, D., (2002-2003), "A Charitable Contribution of Appreciated Property and the Realization of Built-In Gains", *Tax Law Review*, núm. 56.
- (2011), "Is Income Tax Exemption for Charities a Subsidy?", *Tax Law Review*, Vol. 64 (en <http://ssrn.com/abstract=1920430>).
- HANSMANN, H., (1980), "The role of the nonprofit enterprise", *Yale Law Journal*, núm. 89,
- HENDERSON, M. T., MALANI, A., (2009), "Corporate philanthropy and the market for altruism", *Columbia Law Review*, núm. 109.
- HOPKINS, B. R., (2010), *The Tax Law of Charitable Giving*, 4th edition, John Wiley & Sons, New Jersey.
- HUSSEY, M. J., (2010), "Avoiding misuse of donor advised funds", *Cleveland State Law Review*, núm. 58.
- JENN, B. H., (2007-2008), "The Case for Tax Credits", *Tax Lawyer*, Vol. 61, Núm. 2
- JOINT COMMITTEE ON TAXATION (27 de junio de 2005), *Options to improve tax compliance and reform tax expenditures*.
- (2011, October 14), *Present Law and Background Relating to the Federal Tax Treatment of Charitable Contributions*, (JCX-55-11).
- KARAYAN, C. A., (2010-2011), "What artworks may come (to a museum near you): The state of fractional charitable giving at the intersection of museology and tax policy", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, núm. 20.
- KLEIN, E., y DU PLESSIS, J. J., (2005), "Corporate donations, the best interest of the company and the proper purpose doctrine", *UASW Law Journal*, núm. 28.
- KNAUER, N. J., (1994), "The Paradox of Corporate Giving: Tax Expenditures, The Nature of the

- Corporation, and the Social Construction of Charity”, *Depaul Law Review*, núm. 44.
- LEVMORE, S., (1998), “Taxes as Ballots”, *The University of Chicago Law Review*, núm. 65.
- MALANI, A., y POSNER, E. A., (2007), “The case for for-profit charities”, *Virginia Law Review*, núm. 93.
- MCCORMACK, S. W., (2011), “Too close to home: limiting the organizations subsidized by the charitable deduction to those in economic need”, *Florida Law Review*, núm. 63.
- MONTERO SIMÓ, M., (2009), “La fiscalidad de las *noprofit organizations* en Estados Unidos: el disfrute del estatus de entidades exentas y la tributación de sus beneficios empresariales”, *Documentos de Trabajo del IEF*, núm. 24.
- NOCJAR, A. P., (2000-2001), “The 2000 proposed regulations on Corporate sponsorship payments: a step toward restoring the public’s Trust in charitable organizations”, *Tax Lawyer*, núm. 359
- NOTE CHARITABLE DEDUCTIONS (1984-1985), “Does Charity Begin at Home? The Tax Status of a Payment to an Individual as a Charitable Deduction”, *Michigan Law Review*, núm. 83.
- PRESIDENT’S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM (2005), “Simple, Fair, and Pro-Growth: Proposals to Fix America’s Tax System” en <http://www.taxpolicycenter.org/taxtopics/upload/tax-panel-2.pdf>.
- POZEN, D. E., (2006), “Remaping the Charitable Contribution”, *Connecticut Law Review*, núm. 39.
- RESOR, F. R., (2012), “Benefit Corporation Legislation”, *Wyoming Law Review*, núm. 12.
- ROSE, S. (2010-2011), “Booming incentives to donate real property in a busting economy”, *Estate Planning and Community Property Law Journal*, núm. 3
- SAMANSKY, A., J., (2004-2005), “Deductibility of contributions to religious institutions”, *Virginia Tax Review*, núm. 24.
- SCHIZER, D. M., (2008-2009), “Subsidizing Charitable Contributions: Incentives, Information, and the Private Pursuit of Public Goals”, *Tax Law Review*, núm. 62
- SCHOENJAHN, A., (2011-2012), “New Faces of Corporate Responsibility: Will New Entity Forms Allow Businesses to Do Good?”, *The Journal of Corporation Law*, núm. 37.
- SHAPIRA, R., (2011-2012), “Corporate philanthropy as signaling and co-optation”, *Fordham Law Review*, núm. 80.
- STEUERLE, C., E., y SULLIVAN, M., A., (1995), “Toward More Simple and Effective Giving: Reforming the Tax Rules for Charitable Contributions and Charitable Organizations”, *The American Journal of Tax Policy*, núm., 12.
- STONE, E. G., (2007), “Halos, Billboards, and the Taxation of Charitable Sponsorships”, *Indiana Law Journal*, núm. 82.
- SUGIN, L., (2006-2007), “Encouraging Corporate Charity” *Virginia Tax Review*, núm. 26
- TURNIER J., y KELLY, D. G., (1984) “The Economic Equivalence of Standard Tax Credits, Deductions, and Exemptions”, *University of Florida Law Review*, núm. 36.
- ZOLT, E. M., (2012), “Tax Deductions for Charitable Contributions: Domestic Activities, Foreign Activities or None of the Above”, *Hastings Law Journal*, Vol. 63.