

Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Revista mensual núm. 496 | Julio 2024

ISSN: 2695-6896

Autoconsumo interno sobrevenido en el IVA

Antonio Longás Lafuente

El IS en el marco del debate constitucional (STC 11/2024)

Eduardo Sanz Gadea

La fiscalidad ante la tokenización de activos

Julio César Muñoz Pérez

TS y pérdidas por donaciones en IRPF

Nuria Puebla Agramunt

El devengo del *ius transmissionis*

Fernando Martín Barahona

El mercado de verificación de la información sobre sostenibilidad en Europa

Beatriz Albar-Guzmán, Isabel María García-Sánchez y Cristina Albar-Guzmán

Tratamiento contable de un contrato de compraventa por tramos

Ángel González García



MÁSTERES Y CURSOS



Potenciamos el talento
que **transforma** empresas

FÓRMATE EN LAS ÁREAS DE

Asesoría de Empresas • Contabilidad y
Finanzas • Dirección y Administración de
Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y
Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente
• Recursos Humanos • Tributación

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Núm. 496 | Julio 2024

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Consejo de redacción

Director (tributación)	Alejandro Blázquez Lidoy. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. URJC
Subdirectora (tributación)	María Luisa González-Cuéllar Serrano. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. UC3M
Director (contabilidad)	Salvador Marín-Hernández. Presidente EFAA for SMEs y Director Cátedra EC-CGE

Coordinadoras

M.^a José Leza Angulo. Área tributaria del CEF
M.^a de los Ángeles Díez Moreno. Área tributaria del CEF
Berta Gaubert Vigueras. Área contable del CEF

Comité científico

Emilio Álvarez Pérez-Bedía. Presidente del REA
Oriol Amat Salas. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Pompeu Fabra
José Manuel Calderón Carrero. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña
Macario Cámara de la Fuente. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Jaén
Luis Castrillo Lara. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. EU de Burgos
Vicente Climent Escriche. Socio de Garrigues Abogados
María Antonia García Benau. Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia
Francisco Alfredo García Prats. Catedrático. Universidad de Valencia
José Antonio Gonzalo Angulo. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá
Pedro Manuel Herrera Molina. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UNED
Xavier Llopart Pérez. Catedrático de Organización de Empresas. Universidad de Barcelona
Salvador Llopis Nadal. Socio de Cuatrecasas
Félix Javier López Iturriaga. Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valladolid
Luis Alberto Malvárez Pascual. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Huelva
Javier Martín Fernández. Catedrático de la UCM y Socio Director de F&J Martín Abogados
Francesco Moschetti. Profesor de la Universidad de Padua y Despacho Tributarista Studio Legale Tributario
Carlos Palao Taboada. Abogado Montero-Aramburu. Catedrático emérito de Derecho Financiero y Tributario
José Pedreira Menéndez. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Oviedo
Gaspar de la Peña Velasco. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UCM. Abogado
Rosa Puigvert Colomer. Directora técnica de Censores Jurados de Cuentas
Jesús Rodríguez Márquez. Profesor de Derecho Financiero y Tributario. UCM. Presidente del Consejo por la Defensa Contribuyente
Aurora Ribes Ribes. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante
Luz María Ruibal Pereira. Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Santiago de Compostela
José Andrés Sánchez Pedroche. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UDIMA. Abogado
María Teresa Soler Roch. Catedrática emérita. Universidad de Alicante
Rosalía Soler Villa. Socia en EY RR. HH. de Auditoría
Félix Alberto Vega Borrego. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. UAM

Evaluadores externos

Se trata de una revista arbitrada que utiliza el sistema de **revisión externa por expertos** (*peer-review*) en el conocimiento de las materias investigadas y en las metodologías utilizadas en las investigaciones.

Edita

Centro de Estudios Financieros
P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Revista de Contabilidad y Tributación. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2024) (11 números) 192 € en papel / 100 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 25 €

No suscriptores 30 €

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacyt@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rcyt>

Depósito legal: M-1947-1981

ISSN: 2695-6896

ISSN-e: 2792-8306

Imprime

Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Entidad certificada por:



ER-1208/2002



GA-2023/0146



SI-0101/2021



Indexación y calidad



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

Sumario

Tributación

Estudios

Análisis del autoconsumo interno sobrevenido en el impuesto sobre el valor añadido <i>Analysis of internal self-consumption supervened from the value added tax</i> Antonio Longás Lafuente	5-46
La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2024, de 18 de enero, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre <i>Constitutional Court Ruling 11/2024 of January 18 and Royal Decree-Law 3/2016 of December 2</i> Eduardo Sanz Gadea	47-90
La fiscalidad ante la tokenización de activos <i>Taxation of asset tokenization</i> Julio César Muñoz Pérez	91-124

Análisis doctrinal y jurisprudencial

Sobre la posibilidad de integrar o no en el IRPF las pérdidas debidas a donaciones. (Análisis de la STS de 12 de abril de 2024, rec. núm. 8830/2022) Nuria Puebla Agramunt	125-141
La prescripción del impuesto sobre sucesiones al ejercer el <i>ius transmissionis</i> . (Análisis de la STS de 23 de abril de 2024, rec. núm. 7570/2022) Fernando Martín Barahona	142-156

Contabilidad

Estudios

El mercado de verificación de la información sobre sostenibilidad en Europa	157-194
<i>The market of assurance of sustainability reports in Europe</i>	
Beatriz Aibar-Guzmán, Isabel María García-Sánchez y Cristina Aibar-Guzmán	

Análisis doctrinal

Tratamiento contable de un contrato de compraventa por tramos. (Análisis de la consulta 3 del BOICAC 136, de diciembre de 2023)	195-206
Ángel González García	

Casos prácticos

@ Segundo ejercicio resuelto de las pruebas selectivas para el ingreso en el cuerpo de interventores-tesoreros, categoría de entrada, de la escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (promoción interna)	207-208
María Álvarez Fernández y Marta González Amador	

@ | Solo disponible en <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rcyt>

Advertida errata en el número 494, en las páginas 149-150, primer párrafo, debe decir «Este trabajo ha sido seleccionado como publicable por el consejo de redacción de la *Revista de Contabilidad y Tributación*».

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina de la DGT. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <https://www.fiscal-impuestos.com>

Análisis del autoconsumo interno sobrevenido en el impuesto sobre el valor añadido

Antonio Longás Lafuente

Inspector de Hacienda del Estado (España)

alongaslafuente@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-9582-1404>

Extracto

La regularización del autoconsumo en el IVA ha sido fuente habitual de controversias, tanto por su adecuación a la directiva del IVA como por los términos en que queda recogido en nuestro ordenamiento interno. Basta considerar en este sentido la determinación de los sectores diferenciados de la actividad del sujeto pasivo como elemento trascendente para concretar la existencia de autoconsumo en la transferencia de bienes entre dos sectores, la delimitación de operaciones no sujetas en relación con los autoconsumos o la concreción de la base imponible.

El legislador nacional ha recogido, en el marco de los autoconsumos internos, los denominados «autoconsumos internos sobrevenidos», también denominados «diferidos», en cuanto su tributación depende de circunstancias posteriores al hecho mismo de su afectación como bien de inversión dentro de un sector diferenciado. Su regulación y la problemática que plantean, dado que el supuesto no se encuentra recogido en la directiva del IVA, ha supuesto una notable complejidad en la aplicación de la norma interna que conlleva cierta inseguridad jurídica para el empresario o profesional.

En el presente trabajo se analizan los distintos supuestos de autoconsumo interno sobrevenido y los diferentes ajustes que el empresario o profesional sujeto pasivo del impuesto debe realizar, con especial referencia a los que inciden en el derecho a la deducción de las cuotas soportadas.

Palabras clave: IVA; hecho imponible; entrega de bienes; autoconsumo; autoconsumo interno sobrevenido o diferido.

Recibido: 09-05-2024 / Aceptado: 20-05-2024 / Publicado (en avance online): 17-06-2024

Cómo citar: Longás Lafuente, A. (2024). Análisis del autoconsumo interno sobrevenido en el impuesto sobre el valor añadido. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 5-46. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22069>



Analysis of internal self-consumption supervened from the value added tax

Antonio Longás Lafuente

Abstract

The regularization of self-consumption in VAT has been a regular source of controversy, both due to its adaptation to the VAT Directive and due to the terms in which it is included in our internal regulations. In this sense, it is enough to consider the determination of the differentiated sectors of the activity of the taxable person as a transcendent element to specify the existence of self-consumption in the transfer of goods between two sectors, the delimitation of non-subject operations in relation to self-consumption or the specification of the tax base.

The national legislator has included, within the framework of internal self-consumption, the so-called unexpected internal self-consumption, also called deferred, as its taxation depends on circumstances subsequent to the fact of its use as an investment good within a differentiated sector. Their regulation and the problems they raise, given that the case is not included in the VAT Directive, has meant a notable complexity in the application of the internal rule that entails a certain legal uncertainty for the businessman or professional.

In this work, the different cases of unexpected internal self-consumption and the different adjustments made by the businessman or professional subject to the tax are analyzed, with special reference to those that affect the right to deduct the contributions borne.

Keywords: VAT; taxable event; delivery of goods; self-consumption; sudden self-consumption; deferred self-consumption.

Received: 09-05-2024 / Accepted: 20-05-2024 / Published (online preview): 17-06-2024

Citation: Longás Lafuente, A. (2024). Análisis del autoconsumo interno sobrevenido en el impuesto sobre el valor añadido. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 5-46. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22069>



Sumario

1. Introducción: finalidad y clasificación
2. El autoconsumo interno de bienes
 - 2.1. Tipos de autoconsumo interno y finalidad
 - 2.2. Condiciones exigidas para gravar el autoconsumo interno por cambio de afectación en una misma actividad o sector diferenciado
 - 2.3. Efectos del autoconsumo interno por cambio de afectación dentro de una misma actividad o sector diferenciado sobre la prorrata
3. Autoconsumo interno sobrevenido
 - 3.1. Aspectos generales
 - 3.2. Autoconsumo interno sobrevenido cuando en virtud de los artículos 95 y 96 de la LIVA se limite o excluya el derecho a deducir
 - 3.3. Autoconsumo interno sobrevenido cuando los bienes afectados se destinen a su utilización en operaciones que no originen el derecho a la deducción
 - 3.4. Autoconsumo interno sobrevenido cuando el bien se afecte o utilice exclusivamente en operaciones que originen el derecho a la deducción, siendo aplicable la regla de prorrata general
 - 3.5. Autoconsumo interno sobrevenido cuando con el bien se efectúe una entrega exenta del IVA que no origine el derecho a deducir
 - 3.6. Cuantificación de la base imponible en los supuestos de autoconsumo interno sobrevenido
4. Cambio de afectación con carácter previo al inicio de las actividades por el empresario o profesional sujeto pasivo del IVA

Referencias bibliográficas

Anexo

1. Introducción: finalidad y clasificación

La Directiva 2006/1112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (directiva del IVA), en los artículos 16, 18, 26 y 27, y la Ley 37/1992, de 27 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido (LIVA), en los artículos 9.1 y 12, consideran como hecho imponible determinadas operaciones asimiladas a entregas de bienes y prestaciones de servicios. Se trata de los denominados «autoconsumos de bienes y de servicios», gravados cuando concurren las circunstancias previstas en los preceptos señalados.

Nos encontramos ante la regulación de unas situaciones que bien podrían considerarse, desde un punto de vista amplio, como medidas antifraude o antiabuso de indudable complejidad en la interpretación de los preceptos reguladores¹. Referido a autoconsumos externos, si bien podría extenderse a los internos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha expresado en repetidas ocasiones que los preceptos reguladores del autoconsumo externo tienen como objetivo o finalidad ser garantía del principio de neutralidad fiscal o de igualdad de trato entre, por una parte, el empresario o profesional sujeto pasivo del impuesto que acepta un bien o que presta servicios para fines privados o para los de su personal y, por otra, el consumidor final que adquiere un bien u obtiene un servicio del mismo tipo².

Esta primera idea va unida indisolublemente al derecho a deducir del sujeto pasivo, pues, si este no ha generado el derecho a deducir o no ha deducido el impuesto, generalmente no se producirá una situación que lesione el principio de igualdad de trato y el de neutralidad impositiva derivado del mismo cuando se produzcan las circunstancias inherentes a un autoconsumo y, por tanto, no se precisará de tributación como operación asimilada a entrega de bienes o a prestación de servicios. Alcanzar el objetivo anterior impide que un sujeto pasivo que haya deducido la cuota del IVA por los *inputs* que afectan a su actividad económica sujeta al impuesto, cuando los afecte a fines privados particulares o a los de su personal o de terceras personas, se aproveche de ventajas no deseadas por el legislador en relación con un consumidor final que adquiere el bien o el servicio tributando por el IVA³,

¹ En este sentido se pronuncia también Sánchez Gallardo (2001, p. 21).

² Entre otras, Sentencias de 26 de septiembre de 1996 (asunto C-230/94 –NFJ004749–), Enkler, apartado 35; de 16 de octubre de 1997 (asunto C-258/95 –NFJ007097–), Fillibeck, apartado 25; de 17 de mayo de 2001 (asuntos acumulados C-322/99 y C-323/99 –NFJ010678–), Fischer y Brandenstein, apartado 56; de 20 de enero de 2005 (asunto C-412/03 –NFJ018819–), Hotel Scandic Gåsabäck, apartado 23; y de 11 de diciembre de 2008 (asunto C-371/07 –NFJ031284–), Danfoss y AstraZeneca, apartado 46.

³ En este sentido, Sentencias de 6 de mayo de 1992 (asunto C-20/91 –NFJ001609–), De Jong, apartado 15; de 26 de septiembre de 1996 (asunto C-230/94 –NFJ004749–), Enkler, apartado 33; de 8 de marzo de

convirtiéndose el sujeto pasivo en consumidor final que debe ser tratado como tal e impidiendo que el destinatario final obtenga bienes o servicios por los que debería abonar el impuesto⁴.

Al margen de las denominadas «operaciones de autoconsumo intracomunitario o intraunión»⁵, una primera clasificación de los autoconsumos de bienes y servicios en operaciones interiores realizadas en el territorio de aplicación del impuesto español es la que figura en el anexo. Son dos las notas caracterizadoras básicas de estas operaciones: la deducción del impuesto soportado, que hace que se consideren operaciones no sujetas cuando el sujeto pasivo no haya deducido las cuotas soportadas, conforme al artículo 7.7.º de la LIVA, y la gratuidad; esencialmente esta última, si aludimos al autoconsumo externo como operaciones en las que no existe contraprestación por parte de un tercero. Una nota adicional se predica exclusivamente de los autoconsumos externos, como es la realización de las operaciones con fines ajenos o que no sean propios de la empresa, en tanto en los internos esta nota se aleja del fin perseguido en su tributación.

2. El autoconsumo interno de bienes

2.1. Tipos de autoconsumo interno y finalidad

En la modalidad del autoconsumo de bienes debe diferenciarse entre el externo y el interno, a diferencia del relativo a las prestaciones de servicios, en las que solo se recoge el primero. Resulta así incuestionable que el autoconsumo interno solo se puede dar cuando estemos ante bienes, de manera que el hecho imponible al que dará lugar será el de entrega de bienes por asimilación.

La directiva del IVA recoge esta distinción respecto del autoconsumo de bienes, aunque solo se configura como obligatorio el externo, de manera que faculta a los Estados miembros a optar por recoger o no el supuesto de autoconsumo interno⁶, lo que ha efectuado nuestro

2001 (asunto C-415/98 –NFJ010474–), Bakcsi, apartado 42; de 17 de mayo de 2001 (asuntos acumulados C-322/99 y C-323/99 –NFJ010678–), Fischer y Brandenstein, apartado 56; de 20 de enero de 2005 (asunto C-412/03 –NFJ018819–), Hotel Scandic Gåsabäck, apartado 23; y de 11 de diciembre de 2008 (asunto C-371/07 –NFJ031284–), Danfoss y AstraZeneca, apartado 47.

⁴ Sentencia de 11 de diciembre de 2008 (asunto C-371/07 –NFJ031284–), Danfoss y AstraZeneca, apartado 47.

⁵ Transferencias intracomunitarias o intraunión reguladas en los artículos 17 y 21 de la directiva del IVA y 9.3 y 16.2.º de la LIVA, que responden también a la finalidad de evitar abusos en materia de deducción por los sujetos pasivos, no alterando así el régimen común del IVA, como señala Bas Soria (2024, pp. 262-263).

⁶ En el artículo 18 de la directiva del IVA, donde se regula el autoconsumo interno de bienes, no se utiliza la forma verbal imperativa, sino potestativa, indicándose que los «Estados miembros podrán asimilar a una entrega de bienes» alguna o todas de las operaciones que se recogen en el precepto; siendo reconocido

legislador interno en el artículo 9.1, letras c) y d), de la LIVA, distinguiendo dos supuestos: el cambio de afectación de bienes corporales de un sector a otro diferenciado de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo, y la afectación o, en su caso, el cambio de afectación de bienes producidos, contruidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión⁷.

Los principios que rigen el derecho a la deducción están muy presentes en estos supuestos de autoconsumo interno. El fundamento y la base de su gravamen es la regla general de deducibilidad en función de la que, cuando determinados bienes se utilicen en los fines de una actividad económica gravada, se hace necesaria la deducción del impuesto soportado para evitar la doble imposición, mientras que, por el contrario, si el sujeto pasivo utiliza bienes adquiridos para las necesidades de operaciones o actividades que no generan el derecho a deducir, no podrá ejercitarlo. Es de advertir que en estas operaciones no existe propiamente una entrega de bienes o puesta a disposición de un bien a un tercero, por lo que no existe transmisión del poder de disposición, ni tan siquiera hay un tercero, adquirente o destinatario, por lo que bien podría señalarse que estamos asimismo ante una «ficción jurídica»⁸.

De esta forma, el legislador de la Unión pretendía con esta medida configurar estas operaciones dentro de la normativa del IVA y el principio de neutralidad que lo preside, de manera que las empresas que por realizar una actividad que no generaba el derecho a deducir y no podían por ello deducir las cuotas soportadas no estuviesen en clara desventaja respecto a otros empresarios o profesionales que ejerciesen la misma actividad mediante un proceso en el que no hubiese abonado el IVA por producirlos ellos mismos u obtenerlos dentro de la actividad empresarial. Con el fin de que estos últimos quedasen gravados con una carga análoga de forma que no sufriese el principio general de igualdad de trato, se otorga la facultad a los Estados miembros para asimilar como entrega de bienes las operaciones que se han descrito⁹.

así por el TJUE en Sentencias de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-299/11 –NFJ049277–), Gemeente Vlaardingen, apartado 26; y de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartado 30.

⁷ En la directiva del IVA no se alude a que los bienes se afectan como de inversión, aunque ello se deduce de los términos utilizados por el legislador de la Unión, en cuanto se especifica que da lugar al supuesto de autoconsumo la afectación por el sujeto pasivo a las necesidades de su empresa, esto es, van a utilizarse como instrumentos o medios de producción en la actividad económica realizadas por el sujeto pasivo. En este sentido se pronuncia Sánchez Gallardo (2011, p. 231). Debe señalarse que, de no adquirir la naturaleza de bien de inversión, no tendrá sentido alguno gravar la operación, en cuanto los bienes de circulante no quedan sometidos a periodos de regularización.

⁸ En este sentido se pronuncia Blanquer Uberos (1986, p. 122) indicando que nos encontramos ante una «ficción de entrega».

⁹ Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-299/11 –NFJ049277–), Gemeente Vlaardingen, apartado 26. Si bien referida al segundo de los supuestos de autoconsumo interno, sus apreciaciones son trasladables al autoconsumo por transferencia de bienes de un sector a otro diferenciado de la actividad.

De acuerdo con nuestra norma interna, tal como se ha señalado, se distinguen dos tipos diferenciados de autoconsumo interno de bienes.

El primero se produce cuando un sujeto pasivo realiza simultáneamente dos o más actividades sujetas al impuesto cuyo derecho a la deducción de las cuotas soportadas es diferente y ha determinado la existencia de dos o más sectores de la actividad, de forma que transfiere un bien de uno a otro sector diferenciado¹⁰, siendo indiferente la naturaleza o condición de existencia o de inversión que tenga el bien en el sector de salida y en el de llegada, pues lo esencial es la transferencia del bien de uno a otro sector. Con esta regla se pretende ajustar el derecho a la deducción a la afectación del bien en la actividad en la que se utiliza; esto es, como señala el Tribunal Supremo (TS), se evita el ejercicio de deducciones que no correspondan a la utilización real de los bienes, lo que garantiza la plena neutralidad al dar un tratamiento equivalente a las mismas actividades. De esta forma, al calificar el cambio de afectación como autoconsumo y estimar que existe una entrega de bienes asimilada a título oneroso, se garantiza que el sujeto pasivo no se beneficie de unas deducciones previstas para otra actividad a la que no destina de forma definitiva el bien¹¹.

Como puede observarse, nos encontramos con una norma que va más allá de una medida antifraude o antiabuso, pues no responde exclusivamente a esta finalidad impidiendo la transferencia fraudulenta de un bien de un sector a otro diferenciado de la actividad del sujeto pasivo, ya que, además del fundamento que se acaba de exponer, a través de la tributación de esta operación se adecúan y equilibran las deducciones practicadas por el bien a la utilización real que en cada momento se tenga de él¹².

De forma similar se pronuncia en la Sentencia de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), *Het Oudeland Beheer*, apartado 30:

Esta facultad permite a los Estados miembros configurar su normativa tributaria de forma que las empresas que, por ejercer una actividad exenta de IVA, no puedan deducir el IVA soportado al adquirir sus bienes empresariales no se encuentren en desventaja frente a los competidores que ejerzan esa misma actividad mediante bienes obtenidos sin pagar el IVA por producirlos ellos mismos o, de un modo más general, por obtenerlos dentro de la actividad de su empresa.

¹⁰ El supuesto solo se produce respecto de actividades sujetas, ya que las no sujetas al IVA no se tienen en cuenta para concretar los sectores diferenciados. De este modo, no supone la existencia de autoconsumo la afectación de un bien desde una actividad no sujeta a otra sujeta, ni permite este hecho, en general, la deducibilidad del impuesto soportado en la adquisición del bien, pues su afectación inicial a una actividad no sujeta impide la deducción de la cuota soportada en dicho momento, así como en los posteriores, aun cuando quede afecto más tarde a una actividad sujeta. Así se deduce de la jurisprudencia del TJUE, entre otras, en Sentencias de 11 de julio de 1991 (asunto C-97/90 –NFJ001287–), *Lennartz*; y de 2 de junio de 2005 (asunto C-378/02 –NFJ020146–), *Waaterschap Zeeuws Vlaanderen*, *WZV*.

¹¹ Sentencia de 19 de mayo de 2014 (rec. núm. 5263/2011 –NFJ054562–), *FD 3 in fine*.

¹² En este sentido se expresan el TS en Sentencia de 9 de mayo de 2016 (rec. núm. 3165/2014 –NFJ062812–), así como el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en Resolución de 17 de octubre de 2013 (RG 6746/2011 y 6748/2011, acumuladas). La jurisprudencia del TS es recogida por la Audiencia Nacional (AN) en Sentencia de 9 de marzo de 2018 (rec. núm. 418/2016 –NFJ092965–).

Debe cuestionarse la adecuación de la norma española a la directiva del IVA, pues las condiciones exigidas en una y otra norma difieren en la delimitación del supuesto de autoconsumo interno. Así, en la normativa de la Unión se exige que se haya generado el derecho a la deducción total o parcial en el sector de salida y que en el de llegada se realicen operaciones no gravadas (se entiende que sujetas, pero que no generen el derecho a deducir)¹³, teniendo en cuenta que, aunque el artículo 18 de la directiva del IVA atribuye una facultad a los Estados miembros para establecer este supuesto de autoconsumo, el marco objetivo del mismo es fijado de forma clara y precisa en la directiva, de ahí que pueda alegarse el efecto vertical y directo del precepto.

El segundo supuesto de autoconsumo interno de bienes supone la afectación o el cambio de afectación de bienes producidos, construidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional por el sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión, que es objeto de análisis seguidamente.

2.2. Condiciones exigidas para gravar el autoconsumo interno por cambio de afectación en una misma actividad o sector diferenciado

El segundo de los supuestos de autoconsumo que se acaba de citar es el marco objetivo en el que se integran los autoconsumos sobrevenidos o retroactivos, y exige el cumplimiento de las siguientes condiciones para que se produzca el hecho imponible entrega de bienes asimilada:

- El supuesto se produce esencialmente dentro de un mismo sector diferenciado de la actividad, ya que, de encontrarnos ante el cambio de afectación de un bien de un sector a otro, se aplicará el supuesto de autoconsumo interno previsto en el artículo 9.1 c) de la LIVA.

Es complejo que nos encontremos ante una situación en la que el bien de circulante quede afecto al conjunto de sectores diferenciados del sujeto pasivo y exista un cambio de naturaleza del bien de manera que se afecte como bien de inversión. Los términos utilizados por el legislador nacional en la letra d) del artículo 9.1 no impediría la aplicación en este caso del supuesto de autoconsumo interno que se examina, pues el precepto no excluye esta situación.

- Los bienes en cuestión deben ser bienes producidos, construidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o

¹³ Lo anterior ha sido puesto de manifiesto también por Gómez Aragón (2016) que señala la incorrecta interpretación que realiza la Dirección General de Tributos (DGT) en relación con la Consulta V3811/2015, de 2 de diciembre (NFC057280).

profesional del sujeto pasivo. En relación con esta condición, el TJUE ha declarado que, con el fin de que la facultad de asimilación a una entrega a título oneroso pueda utilizarse de tal forma que elimine efectivamente cualquier desigualdad en materia del IVA entre los sujetos pasivos que hayan adquirido los bienes de otro sujeto pasivo y aquellos que los hayan adquirido dentro de la actividad de su empresa, este supuesto de autoconsumo incluye no solo los bienes íntegramente producidos, extraídos, contruidos o transformados por el propio sujeto pasivo, sino también aquellos producidos, extraídos, contruidos o transformados por un tercero mediante materias puestas a su disposición por dicha empresa, ya que esta asimilación debe poder extenderse a la totalidad de los bienes acabados o mejorados por el tercero¹⁴.

- El sujeto pasivo debe haber afectado previamente dicho bien a las necesidades de la actividad sujeta al impuesto, pues, como se ha señalado anteriormente, se impide el derecho a la deducción y regularización de los bienes de inversión respecto de aquellos bienes que no se afectaron en un primer momento a una actividad sujeta y posteriormente se utilizan en el seno de una actividad económica sujeta al impuesto; al margen de la crítica que pueda realizarse en este caso, en relación con los principios de neutralidad, afectación y distorsión de la competencia, además del de proporcionalidad, pues resulta excesivo que un bien de inversión por el que se ha soportado el impuesto en su adquisición y se afecte a una actividad económica durante el periodo de regularización no se le permita la deducibilidad por los años que resten de este periodo desde que se afectó.
- El cambio de afectación supone que el bien que tenía la naturaleza de existencia o bien corriente pase a tener la condición de bien de inversión, lo que dará lugar a partir de ese momento a la regularización del mismo conforme a lo dispuesto en los artículos 107 y siguientes, tomando como precio de adquisición o contraprestación la base imponible de la operación de autoconsumo concretada de acuerdo con la regla prevista en el artículo 79.tres de la LIVA. Se trata, en definitiva, de bienes de circulante que pasan a tener la consideración de bienes de inversión, concepto este recogido en el artículo 108 de la LIVA, que difiere del establecido para la imposición directa.
- El hecho de adquirir el referido bien de otro sujeto pasivo no debe dar derecho al empresario o profesional adquirente a deducir íntegramente la cuota del IVA que se soporta. De acuerdo con esta condición, solo se producirá el autoconsumo cuando el bien se afecta como bien de inversión en la actividad o en un sector de la misma que tiene, o en la que sobreviene posteriormente, un porcentaje de deducción inferior al 100 % (prorrata).

¹⁴ Sentencias de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-299/11 –NFJ049277–), Gemeente Vlaardingen, apartados 27 y 28; de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-92/13 –NFJ055099–), Gemeente's-Hertogenbosch, apartado 28; y de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartado 32.

Es decir, el autoconsumo se produce exclusivamente cuando el empresario está sujeto a la regla de prorrata en la actividad o en el sector diferenciado en el que tiene lugar esta afectación de existencia a inversión, porque solo en estas circunstancias es cuando, al adquirir de un tercero un bien de la misma naturaleza que el que es objeto de autoconsumo, no se atribuye el derecho a deducir la totalidad de la cuota soportada. Así, el sujeto pasivo, al considerar la existencia de un autoconsumo, solo podrá deducirse en el porcentaje de afectación al que tiene derecho en la actividad o en el sector diferenciado al que se afecta el bien. Nos encontramos ante una regla de orden práctico con el fin de reducir al mínimo la complejidad derivada del gravamen de este autoconsumo, puesto que, en el caso de que el sujeto pasivo generase íntegramente el derecho a la deducción, no habría gravamen alguno al producirse la circunstancia que da lugar al autoconsumo, pues el sujeto pasivo se autorrepercutiría y deduciría el mismo importe. De ahí que esta afectación, cuando el sujeto pasivo genera el derecho a deducir íntegramente la cuota, no da lugar a una operación sujeta al impuesto¹⁵. Esté sujeta o no la operación, al pasar el bien a tener la condición de inversión, el sujeto pasivo tendrá las obligaciones de regularización previstas en los artículos 107 a 110 de la LIVA¹⁶.

En definitiva, el autoconsumo solo se origina si la utilización final del bien no permite la deducción total, puesto que, si tuviese derecho a la deducción total de la cuota autorrepercutida, el resultado sería el mismo que si no se gravase el autoconsumo, por lo que la norma desprecia esta operación para sujetarla al impuesto. Todo ello tiene trascendencia en relación con el supuesto de autoconsumo sobrevenido que seguidamente se examinará.

Debe precisarse más esta condición, puesto que, cuando se refiere a la regla de prorrata, se está haciendo alusión esencialmente a la prorrata general o, en el caso de aplicar la especial, cuando estemos ante cuotas soportadas que se afectan como gastos comunes a operaciones que generan y no generan el derecho a la deducción.

Ello es así por cuanto, si se aplica la regla de prorrata especial, al adquirir el bien se habrá afectado a uno de los tres grupos en los que se deben diferenciar las cuotas soportadas. En el supuesto de afectarse a operaciones que generen el derecho a deducir, se habrá deducido el sujeto pasivo la cuota total, mientras que, si lo afecta a operaciones que no generan el derecho a deducir, no habrá deducido cuota

¹⁵ Consulta de la DGT V1407/2008, de 7 de julio (NFC030754). Con carácter previo a la anterior se había pronunciado en Consultas de 2 de marzo de 1995 y de 4 de mayo de 1995. En el sentido expuesto en este trabajo, para Gil Maciá y Sánchez Sánchez (2011), esta no sujeción en caso de tener el sujeto pasivo derecho a la deducción «tiene una finalidad eminentemente operativa» y neutra respecto del IVA.

¹⁶ El hecho de que el sujeto pasivo no esté en prorrata no impide la realización del ajuste correspondiente del bien cuando este se transmite durante el periodo de regularización y la operación está sujeta y exenta del IVA, lo que ocurre en un buen número de casos en el ámbito inmobiliario.

alguna. Solo si se afecta el bien adquirido como gasto común a los dos grupos anteriores aplicaremos la prorrata general. El cambio de afectación en estos casos no dará lugar en todos ellos al supuesto de autoconsumo interno que se examina. Deberá concretarse en cada situación si se dan o no los elementos o condiciones necesarios para que se produzca este autoconsumo interno. Así, indudablemente, si el bien era de circulante y afecto a las operaciones que generan el derecho a deducir, afectándose posteriormente como bien de inversión al conjunto de operaciones que generan y no generan el derecho a deducir, puede producirse este autoconsumo interno, pero en ningún caso se producirá si el bien de circulante está afecto a uno u otro grupo de cuotas y pasa a tener la naturaleza de bien de inversión afecto al mismo grupo, pues o no genera el derecho a deducir cuota alguna o la genera íntegramente, no dándose las condiciones para producirse el autoconsumo interno.

Como puede deducirse, la complejidad en la aplicación de la norma lleva un cierto grado de inseguridad jurídica e indudablemente de interpretación razonable de la norma que tendrá como efecto lógico impedir la concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad en la conducta del sujeto pasivo que no se ajuste a la norma.

- Debe existir una previa deducción del impuesto soportado en la adquisición o producción de los bienes¹⁷. Se plantea si se produce este supuesto de autoconsumo cuando el sujeto pasivo en la adquisición o producción de los bienes que afectó en primer lugar como bienes de circulante o existencias no generó el derecho a deducir. Al igual que en los supuestos de autoconsumo externo, debe tenerse en cuenta la nota esencial de la deducibilidad del impuesto soportado, por lo que no se producirá el supuesto de autoconsumo si el sujeto pasivo no soportó cuota alguna o no pudo deducirla, ya que en otro caso estaríamos ante un supuesto de doble imposición no querida por el legislador de la Unión. Aunque del precepto nacional no se deduce esta nota esencial, debe concluirse en la necesidad de considerarla¹⁸.

¹⁷ Como señala el TJUE en Sentencia de 8 de marzo de 2001 (asunto C-415/98 –NFJ010474–), Bakcsi:

La imposición de un bien en tal situación, cuando no ha originado derecho a deducción del impuesto residual, daría lugar a una doble imposición contraria al principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del IVA [...] [véanse, por lo que atañe al artículo 6, apartado 2, párrafo primero, letra a), de la Sexta Directiva, las sentencias Kühne, antes citada, apartado 10, y de 25 de mayo de 1993, Mohsche, C-193/91, Rec. p. I-2615, apartado 9] (apdo. 46).

En el mismo sentido, Sentencia de 17 de mayo de 2001 (asuntos acumulados C-322/99 y C-323/99 –NFJ010678–), Fischer y Brandenstein, apartado 76. Esta última sentencia ha sido comentada por Blázquez Lidoy (2001) y Galapero Flores (2002).

¹⁸ Cabe plantear también que, en el supuesto de que no se haya soportado cuota en la adquisición del bien, si posteriormente se incorporan gastos por los que sí se ha soportado el IVA que incrementan el valor del bien –como es el caso de una mejora o de una rehabilitación de un bien inmueble–, puede considerarse la existencia de autoconsumo por la parte del bien respecto del que se han tenido cuotas soportadas. La respuesta en este caso debe ser positiva. En este sentido se pronuncia también Gil Maciá (2011, pp. 73-74).

- Finalmente, el supuesto de autoconsumo se produce aun en el caso de afectación parcial. Surge la cuestión de si es posible este gravamen cuando el bien se afectó en un primer momento juntamente a una actividad no sujeta y otra sujeta, concluyendo el TJUE que se cumplen las condiciones para aplicar este supuesto de autoconsumo en situaciones en las que, por utilizarse el bien parcialmente para fines ajenos a operaciones impositivas, el IVA soportado no habría sido totalmente deducible si el bien se hubiera adquirido en su integridad de otro sujeto pasivo¹⁹.

2.3. Efectos del autoconsumo interno por cambio de afectación dentro de una misma actividad o sector diferenciado sobre la prorrata

Debe advertirse, en primer lugar, que el autoconsumo interno tiene, como se ha expuesto, una clara vinculación con el derecho a deducir, lo que supone que no se produzca cuando el cambio de afectación de existencia a inversión genere el derecho a deducir, bien sea en el momento en el que se produce esta afectación, bien cuando la circunstancia que impide el derecho a la deducción se produzca posteriormente durante el periodo de regularización. Por tal motivo, cuando se da este cambio de afectación y el bien de inversión se afecta a la misma actividad o sector en el que se aplica la prorrata general, se producirá el supuesto de autoconsumo, lo que ocurrirá asimismo cuando esta circunstancia tenga lugar durante el periodo de regularización, dándose el denominado «autoconsumo interno sobrevenido».

Ahora bien, si dentro de la actividad o sector diferenciado se aplica la prorrata especial, deberá considerarse si el bien que adquiere la condición de inversión se incluye en el grupo de operaciones que generan el derecho a deducir íntegramente, en cuyo caso no se gravará el autoconsumo interno. Solo será objeto de gravamen cuando se afecte a las operaciones que no generen el derecho a deducir o cuando se afecte al conjunto de operaciones de la actividad o sector, aquellas que generan junto con las que no generan el derecho a deducir. Puede suceder que, aplicándose la prorrata especial, se afecte a operaciones generadoras del derecho y en un ejercicio posterior, dentro del periodo de regularización, el sujeto pasivo renuncie a la prorrata especial aplicándose la general, en cuyo caso podrá tener lugar alguna de las circunstancias que dan lugar al autoconsumo interno sobrevenido que seguidamente se examinan.

La segunda de las cuestiones que se deben considerar se relaciona con la naturaleza de las operaciones que se vienen examinando, ya que lleva consigo que, aun cuando tengan la calificación de entregas de bienes, produciéndose el hecho imponible del impuesto, quedan excluidas del ejercicio habitual de la actividad económica, no encontrándonos

¹⁹ Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (asunto C-92/13 –NFJ055099–), Gemeente's Hertogenbosch.

ante una operación activa del sujeto pasivo, ya que no tiene efectos externos a la actividad propia del sujeto pasivo ni en la actividad económica o en el sector diferenciado en el que se producen²⁰.

Esta razón motiva que queden excluidas del cálculo de la prorrata las operaciones de autoconsumo interno, no incluyéndose en el numerador ni en el denominador para determinar el porcentaje de deducción²¹, de forma que el sujeto pasivo, aun cuando liquida el impuesto devengado por el hecho imponible, no deberá tenerlo en cuenta para el cálculo anterior. Sí deberán considerarse para el cálculo de la prorrata los restantes supuestos de autoconsumo²².

No obstante, surge la cuestión de si las operaciones de cambio de afectación de bienes de un sector diferenciado a otro deben considerarse a efectos de calcular la prorrata común para el conjunto de sectores diferenciados, esto es, la que resulta aplicable a las cuotas soportadas en común para dos o más sectores diferenciados, siempre dejando al margen las especialidades que se contienen en el régimen especial del grupo de entidades²³. La finalidad y naturaleza de las operaciones que se citan es análoga de las que quedan excluidas de la prorrata por el artículo 104.tres.6.º y, por ello, aun cuando ni este precepto ni el que regula el régimen de deducibilidad de cada sector alude a ello, debe estimarse que no se tendrán en cuenta para el cálculo de esta prorrata común a los sectores diferenciados (cálculo que plantea serias dudas de adaptación al principio de neutralidad, ya que puede dar lugar a situaciones muy gravosas para el sujeto pasivo) y solo se considerará para calcular el porcentaje de prorrata en el sector diferenciado de salida del bien.

El importe que se compute en el denominador de la prorrata no tiene por qué ajustarse al concepto de volumen de operaciones recogido en el artículo 121 de la LIVA. En este último precepto se establecen las reglas que han de tenerse en cuenta para cuantificar el volumen de operaciones del conjunto de actividades realizadas por los sujetos pasivos del impuesto. De acuerdo con el mismo, se considerará como tal el importe total, excluido el propio IVA y, en su caso, el recargo de equivalencia y la compensación a tanto alzado, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por el sujeto pasivo durante

²⁰ En este sentido se pronuncian Monseny Trabado y Verdún Fraile (2008, p. 243).

²¹ Artículo 104.tres.6.º de la LIVA.

²² El externo, ya sea de bienes o de servicios, implica la realización de operaciones activas por el sujeto pasivo, al realizarse en el ámbito de la actividad económica, trasladándose los efectos fuera del ámbito patrimonial empresarial. Respecto del autoconsumo interno previsto en la letra c) del artículo 9.1 de la LIVA, por cambio de afectación de un sector a otro diferenciado, esta transferencia se tiene en cuenta para el cálculo de la prorrata, al considerarse cada sector diferenciado de forma independiente respecto de los restantes a efectos de la aplicación del derecho a la deducción.

²³ Los artículos 163 octies.tres de la LIVA y 61 bis.3 del Reglamento del impuesto sobre el valor añadido (RIVA), aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, establecen reglas especiales para el cálculo de la prorrata respecto del régimen general que plantean su falta de adecuación a la directiva del IVA, al igual que el propio régimen especial diseñado por el legislador nacional.

el año natural anterior, incluidas las operaciones exentas. A continuación, en el apartado tercero se relacionan unas operaciones que quedan excluidas, y entre ellas no figura ningún caso de autoconsumo²⁴. Los términos del precepto son precisos y no dejan margen a una interpretación que tenga en cuenta la finalidad de las operaciones²⁵.

El que los autoconsumos externos se incluyan dentro del volumen de operaciones tiene su razón de ser en lo expuesto anteriormente, esto es, se trata de entregas o prestaciones de servicios activas realizadas en el ejercicio de la actividad alejándose de la esfera patrimonial del sujeto pasivo. Sin embargo, no se comprende que queden incluidos también los supuestos de autoconsumo internos, esencialmente aquellos consistentes en el cambio de afectación de bienes de circulante a bienes de inversión, pues en ningún caso estamos ante una operación activa del sujeto pasivo, no produciéndose una salida de los bienes de su esfera jurídico-patrimonial ni tampoco del sector diferenciado concreto al que están afectos los bienes, por lo que el concepto de volumen de operaciones debería establecer una exclusión adicional a las que se citan en el precepto que comprenda estas operaciones de autoconsumo interno.

3. Autoconsumo interno sobrevenido

3.1. Aspectos generales

La directiva del IVA no define ni prevé el tratamiento que debe darse al denominado por la doctrina «autoconsumo interno sobrevenido o retroactivo»²⁶, limitándose en el artículo 18 a asimilar como entregas de bienes a título oneroso, entre otras, las dos operaciones de autoconsumo interno que se regulan en el artículo 9.1, letras c), párrafo primero, y d), párrafos primero y segundo, de la LIVA.

Como se ha señalado, tanto la norma de la Unión como la nacional exigen como condición para producirse el hecho imponible autoconsumo interno que el sujeto pasivo no genere el derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado cuando afecta una existencia como

²⁴ El precepto es análogo al artículo 288 de la directiva del IVA, si bien esta última norma se refiere a la determinación de la cifra de volumen de operaciones para el régimen de franquicia, que no existe en nuestra norma interna.

²⁵ Tanto el TEAC (Resolución de 27 de octubre de 2006) como la AN (Sentencia de 25 de febrero de 2010, rec. núm. 21/2007 –NFJ037708–) han mantenido que se incluirán en la determinación del volumen de operaciones todas las realizadas por el sujeto pasivo, lo sean de forma habitual u ocasional, salvo las exclusiones que se citan en el artículo 121.3 de la LIVA.

²⁶ Rodríguez Pastrana (1996, p. 107) o Ruiz de Velasco Punin (2012, p. 169) se refieren a estos supuestos como de «autoconsumo retroactivo». Se ha adoptado el término «sobrevenido» en este análisis en cuanto se pretende hacer especial referencia a la existencia de una circunstancia posterior a la afectación de la existencia o circulante como bien de inversión.

bien de inversión, de forma que, si en ese momento se genera el derecho a la deducción íntegra, esto es, no se aplica prorata general, no se declarará hecho imponible alguno. Así, en principio no es una operación de autoconsumo el hecho de que un sujeto pasivo que tiene derecho a deducir íntegramente las cuotas soportadas convierta o transforme existencias en bienes de inversión, de manera que el legislador tanto de la Unión como el nacional desprecian este autoconsumo, puesto que el mismo importe devengado daría lugar a que fuera deducible, no teniendo fundamento desde el punto de vista del derecho a deducir que se grave esta operación, dada la falta de repercusión fiscal que tendría al no existir ventaja fiscal alguna para el sujeto pasivo si no se gravase.

Esto no significa que no se haya producido la circunstancia esencial y material que da lugar al supuesto de autoconsumo interno previsto en la letra d), pues el bien que era de circulante o existencia pasa a tener la condición de inversión o inmovilizado. Ahora bien, en ese momento no concurre la condición necesaria relativa a la deducción parcial o nula deducción del impuesto soportado por el sujeto pasivo en el ejercicio de la actividad o sector diferenciado en el que acaece el hecho.

Ante la posibilidad de que se generen situaciones de fraude o abuso de derecho, el legislador nacional recoge en la letra d), párrafo tercero, del artículo 9.1 el denominado «autoconsumo interno sobrevenido», esto es, la condición que se acaba de señalar tiene lugar no en el momento en el que el bien modifica su naturaleza fiscal –de circulante a inversión–, sino que tiene lugar posteriormente, durante el periodo de regularización del bien de inversión.

El bien, como se acaba de indicar, cuando cambia su afectación de bien circulante a bien de inversión, pasa a tener esta condición, por lo que le serán de aplicación las reglas de regularización previstas para este tipo de bienes en los artículos 107 y siguientes de la LIVA²⁷. En tanto el sujeto pasivo tenga derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado, la única regularización que habrá que efectuar será la que tiene lugar con ocasión de la entrega del bien durante el periodo de regularización si resulta aplicable un supuesto de exención limitada, por lo que afecta esencialmente a bienes inmuebles, y, por ello, no generará el derecho a deducir, en cuyo caso deberá aplicarse el artículo 110 de la LIVA, donde se establece una norma antifraude o antiabuso con el fin de evitar comportamientos contrarios al principio de neutralidad del impuesto. Su finalidad es evitar un perjuicio a la Hacienda pública cuando, a través de una operación intermedia, el sujeto pasivo pudiese deducir íntegramente el

²⁷ Estos preceptos recogen esencialmente dos tipos de ajustes que realizar durante el periodo de regularización del bien de inversión, el referido a la adecuación del derecho a deducir en función del grado de afectación anual y el correspondiente a la entrega del bien en este mismo periodo. El primero resultará aplicable siempre que el sujeto pasivo aplique la regla de prorata, si bien deben tenerse en cuenta las particularidades consecuencia de la prorata especial, mientras que el segundo deben tenerlo en cuenta todos los sujetos pasivos: si aplican la regla de prorata independientemente de si la operación está exenta o no, mientras que, cuando no apliquen la regla de prorata, tendrán en cuenta este ajuste siempre que como consecuencia de la entrega del bien no se genere el derecho a la deducción.

impuesto soportado, aunque el destino posterior del bien no genere dicho derecho, total o parcialmente, permitiendo la deducción, en su caso, por la parte del periodo de regularización que el bien de inversión ha estado en el patrimonio del sujeto pasivo que efectúa la entrega.

No es esta regla la que se quiere poner de manifiesto con el autoconsumo sobrevenido, sino que con ella se pretenden eliminar comportamientos abusivos, sin necesidad de que el bien salga de la esfera patrimonial del sujeto pasivo, o bien, de producirse este hecho, se aplique también el correspondiente ajuste.

Ahora bien, sí es preciso señalar que, en tanto estos supuestos de autoconsumo interno sobrevenido van a tener efectos durante el periodo de regularización, cuando la circunstancia sobrevenida se produjese con posterioridad al cumplimiento de este periodo, no habría hecho imponible como entrega asimilada, no produciéndose el hecho imponible, ni sería necesario realizar los ajustes que como consecuencia del mismo exige la LIVA; sin perjuicio del gravamen que corresponda por la operación que tenga lugar en ese momento, en el supuesto de que la operación quede sujeta al impuesto, como es el caso de la transmisión del bien de inversión.

Se quiere poner de manifiesto con ello que si la directiva del IVA no regula estos supuestos de forma específica seguramente tiene su razón de ser en que los efectos que las circunstancias sobrevenidas tienen sobre los bienes pueden ser resueltos con los mecanismos obrantes en la normativa referidos a la regularización de los bienes de inversión. Esto es, el legislador nacional podría haber evitado recoger estos supuestos que crean cierta inseguridad jurídica en su aplicación y que tienen una incidencia clara en algún sector económico y muy poca en el resto, bastando tener en cuenta las reglas señaladas sobre regularización de bienes de inversión, que posteriormente se examinarán.

Basta para ello tener en cuenta los efectos que esta circunstancia sobrevenida tiene en relación con el hecho imponible autoconsumo en el periodo en que se produce este devengo, de acuerdo con el artículo 75.uno.5.º, párrafo segundo, de la LIVA.

Téngase en cuenta que la circunstancia vital que da lugar al hecho imponible autoconsumo interno se produce en el periodo en el que cambia la afectación del bien pasando a tener la naturaleza de inversión, y en estos supuestos que ahora se examinan el devengo se produce en un periodo posterior, cuando se cumple una condición que no incide en el cambio de la naturaleza del bien, sino en el derecho a la deducción, lo que supone tanto como reconocer en la LIVA un devengo en diferido del hecho imponible, de forma que en primer lugar se liquidará el hecho imponible autoconsumo interno en el periodo, dentro del de regularización, en el que el sujeto pasivo pierde el derecho a la deducción total o parcial del impuesto por ese bien de inversión cuya naturaleza se determinó en un periodo anterior. El sujeto pasivo no debe efectuar rectificación alguna del periodo en el que se afectó el bien como de inversión, considerando que el devengo tiene lugar cuando se producen las circunstancias reflejadas en el artículo 75.uno.5.º, respecto de las que debe indicarse que en la directiva del IVA no se establece ni el hecho imponible que ahora se

examina ni una regla especial sobre el devengo de este tipo de operaciones, lo que, por sí mismo, plantea serias dudas sobre la adecuación de la norma nacional a la de la Unión.

Sin perjuicio de reiterar posteriormente estos efectos, como regla general, en el periodo mensual o trimestral en el que tiene lugar el devengo conforme al artículo 75.uno.5.º, dentro del periodo de regularización del bien de inversión, se liquidará el autoconsumo interno, declarando el IVA devengado por este motivo. Como se debe tener en cuenta que el cambio de afectación tuvo lugar en un periodo anterior en el cual el sujeto pasivo generaba el derecho a deducir, en este posterior en el que se liquida debe permitirse la deducción íntegra de la cuota autorrepercutida, de ahí lo que antes se ha denominado «devengo en diferido» y, en el hipotético supuesto de que concurren las condiciones previstas en el artículo 102. dos de la LIVA, deberá permitirse al sujeto pasivo su aplicación, esto es, la deducción adicional por la parte que no se hubiera podido deducir²⁸, pues el precepto no distingue entre los diferentes supuestos previstos en la letra d) del artículo 9.1. Implicará habitualmente un ajuste en el IVA devengado y en el soportado deducible por el mismo importe.

Hasta aquí las consecuencias de producirse el hecho imponible autoconsumo interno, a las que habrá que añadir las derivadas de la propia naturaleza del bien de inversión, pues, estando en periodo de regularización, deberán adoptarse a partir del ejercicio en el que el sujeto pasivo no genera el derecho a deducir total o parcialmente o entrega el bien los ajustes previstos en los artículos 107 a 110, esto es, practicar los ajustes correspondientes durante el periodo que reste de regularización, o practicar la regularización única prevista en el artículo 110, ya que en dos de los supuestos (letras a' y d') se producen las circunstancias que dan lugar a esta regularización única.

Como puede observarse, al margen de posibles excepciones que puedan producirse, dada la casuística que puede producirse considerando la amplitud del hecho imponible del impuesto, son estas últimas las consecuencias derivadas del autoconsumo interno sobrevenido, por lo que podría prescindirse de la literalidad de los artículos 9.1 d), a') a d'), y 75.uno.5.º para recoger en su caso las especialidades correspondientes en los artículos 107 a 110, si bien no haría falta que ello se produjese en todos los casos.

Quede claro, de cuanto se ha expuesto, que nos encontramos ante la circunstancia de que, en el momento en el que se modifica la naturaleza fiscal del bien, el sujeto pasivo generaba el derecho a deducir la cuota soportada por la adquisición de este, siendo posteriormente cuando este derecho varía en su intensidad.

²⁸ De acuerdo con este precepto:

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los sujetos pasivos podrán deducir íntegramente las cuotas soportadas en las adquisiciones o importaciones de bienes o en las prestaciones de servicios en la medida en que se destinen a la realización de los autoconsumos a que se refiere el artículo 9, número 1.º, letra c), que tengan por objeto bienes constitutivos de las existencias y de los autoconsumos comprendidos en la letra d) del mismo artículo y número de esta Ley.

Esta alteración tiene lugar porque el bien que ya tiene la condición de inversión queda afecto con posterioridad al cambio de naturaleza fiscal a actividades u operaciones que no generan el derecho a deducir, íntegra o parcialmente.

En el párrafo tercero de la letra d) del artículo 9.1 se establecen cuatro situaciones que dan lugar a este autoconsumo sobrevenido, estableciéndose que no se entenderá atribuido el derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado cuando, con posterioridad a su puesta en funcionamiento y durante el periodo de regularización de deducciones²⁹, los bienes afectados se destinen a alguna de las finalidades que seguidamente se examinan.

La norma se refiere a un momento posterior a la puesta en funcionamiento, que habitualmente se producirá con el cambio de afectación del bien de existencia a inversión, por lo que el periodo en el que se abre la posibilidad de producirse estos supuestos de autoconsumo interno comienza precisamente cuando tiene lugar la puesta en funcionamiento, por lo que ambas circunstancias pueden producirse dentro de un mismo año, lo que plantea una situación que no prevé la norma y cuya laguna deberá integrarse con las reglas generales del derecho a la deducción, esencialmente, en alguno de los supuestos específicos.

No obstante la dicción de los artículos 9.1 d), párrafo tercero, y 107, que permiten considerar que estos supuestos solo se producen durante el periodo de regularización que comprende los cuatro o nueve años posteriores al de entrada en funcionamiento, si las circunstancias que dan lugar al autoconsumo se producen en este año, deberemos acudir a las reglas generales del derecho a la deducción, lo que supone que en uno u otro caso los efectos son análogos.

La LIVA da para estos supuestos de autoconsumo interno sobrevenido respuestas distintas en cuanto al momento en el que tiene lugar, fijando el devengo de cada uno de forma diferenciada, si bien, como se ha señalado, la afectación del bien corriente en bien de inversión se produjo con anterioridad, declarándose el autoconsumo en un momento posterior, durante el periodo de regularización del bien de inversión, aunque por referencia a ese momento en el que el bien de circulante se transforma en bien de inversión, pues el hecho imponible realmente se produjo cuando el bien mutó en su naturaleza fiscal.

Con carácter previo al examen de cada uno de los supuestos previstos en el artículo 9.1 d) debe considerarse también la posibilidad de afectar parcialmente el bien que se ha transformado en inversión a actividades sujetas y no sujetas. Nuevamente se abre un margen de inseguridad jurídica en la aplicación de la norma, pues deberán tenerse en cuenta además las reglas establecidas en los artículos 93.cinco, 95.uno y tres y 96.uno, esencialmente.

²⁹ Debemos considerar cinco años en el caso de bienes muebles y diez en el de inmuebles, que se computarán desde la entrada en funcionamiento, integrando también este ejercicio (art. 107 de la LIVA), ya que el artículo 9.1 d) se refiere precisamente a la puesta en funcionamiento. En la regularización de bienes de inversión cuya entrada en funcionamiento se produce en un ejercicio posterior al de su adquisición el periodo de regularización tiene lugar durante dicho ejercicio y los cuatro o nueve siguientes.

Las hipótesis de partida son variadas y extenderían este análisis de forma desmesurada, pero téngase en cuenta la complejidad que se introduce como consecuencia de ello, pues basta considerar la tributación de la cesión de bienes de inversión de forma gratuita por parte del empresario a los empleados, que con carácter previo fueron existencias. Algunas de las situaciones se prevén en los supuestos de autoconsumo sobrevenido, pero referidas a la totalidad del bien, por lo que deberá plantearse las consecuencias en el caso de que la circunstancia no afecte a la totalidad del bien.

3.2. Autoconsumo interno sobrevenido cuando en virtud de los artículos 95 y 96 de la LIVA se limite o excluya el derecho a deducir

De acuerdo con la letra a') del artículo 9.1 d) de la LIVA, no se entenderá atribuido el derecho a deducir íntegramente las cuotas que se hubiesen soportado cuando los bienes de circulante afectados como bienes de inversión se destinen a alguna de las finalidades establecidas en los artículos 95 y 96 de la LIVA durante el periodo de regularización de los bienes de inversión.

Los dos preceptos anteriores se refieren a la afectación de bienes a la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo, así como a determinados bienes y servicios cuya adquisición no genera el derecho a deducir las cuotas soportadas.

En un primer momento, el sujeto pasivo destina las existencias o bienes de circulantes, contruidos, extraídos, transformados, adquiridos o importados como bienes de inversión y, al generar el derecho a la deducción íntegra del impuesto soportado, en dicho momento no se grava el cambio de afectación como autoconsumo interno. No obstante, con posterioridad, durante el periodo de regularización posterior a la puesta en funcionamiento del bien de inversión, tiene lugar alguna de las situaciones previstas en los artículos 95 y 96 de la LIVA, esto es, se produce un cambio en la afectación del bien a la actividad económica o uno de los fines a los que aluden los preceptos.

La redacción del supuesto de autoconsumo interno sobrevenido es confusa y compleja, creando inseguridad jurídica o incertidumbre en su aplicación, así como en la calificación del supuesto, pues no en todos los casos en los que tenga lugar alguna de las circunstancias de los artículos 95 y 96 se producirá este hecho imponible, por lo que habrá que examinar caso por caso la tributación. No en todos los supuestos regulados en estos preceptos se puede producir el autoconsumo interno sobrevenido, ya que, por ejemplo, el hecho de que no sean cuotas deducibles aquellas que se soportan como consecuencia de gastos de desplazamiento, alojamiento o restauración, previstas en el artículo 96.uno.6.º, no puede originar este autoconsumo, dadas las condiciones exigidas en dicho precepto para excluir estas cuotas del derecho a deducir y la naturaleza del propio gasto, pues estamos ante prestaciones de servicios. Con ello, quiere señalarse que quedan excluidas en primer lugar todas las operaciones aludidas en los artículos 95 y 96 que se refieran a prestaciones de servicios.

También, en el supuesto de que el bien de inversión durante el periodo de regularización se destine a atenciones a clientes o asalariados, entregándose el bien, se plantea la incertidumbre de su tributación. Si bien al adquirirse se conocía que se destinaría a atenciones a clientes o asalariados, la cuota soportada no es deducible, por lo que la posterior entrega gratuita es una operación no sujeta prevista en el artículo 7.7.º de la LIVA. Si, por el contrario, el sujeto pasivo no tenía esta intención, y se dedujo el importe total de la cuota soportada en su adquisición, producción o importación, en el momento de la entrega que supone la atención al cliente o al asalariado, al salir de la esfera jurídico-patrimonial del empresario o profesional concurre un doble hecho imponible, pues puede considerarse la aplicación del supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, o bien, estimar que estamos ante un autoconsumo externo de bienes, al cumplirse las condiciones previstas en ambos supuestos de autoconsumo. En tanto el bien sale de la esfera patrimonial del empresario, debería primar esta situación, ya que el bien no va a continuar afecto a la actividad empresarial y, por ello, no daría lugar a un autoconsumo interno sobrevenido, sino a un autoconsumo externo de bienes que deberá tributar como tal, puesto que el sujeto pasivo dedujo la cuota soportada en la adquisición o producción del bien, no resultando de aplicación el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.7.º de la LIVA.

Es esta la solución más adecuada a los principios generales del impuesto y, sobre todo, lleva a evitar situaciones de sobreimposición, dado que lo que no puede hacerse es aplicar los efectos del autoconsumo interno sobrevenido que, como se examinará a continuación, supone aplicar el ajuste por los años que resten de regularización y además hacerle tributar como autoconsumo externo por la entrega del bien, pues indudablemente se produce además este hecho imponible.

Debe plantearse además la adecuación de los artículos 95 y 96 a la directiva del IVA. Indudablemente, el artículo 95.uno, dos y cuatro no se ajusta a la norma de la Unión, y así ha sido reconocido por el TEAC³⁰, y el resto de los apartados del precepto, así como el artículo 96, plantean algunas dudas³¹, aun cuando el TS ha venido a validarlos hasta ahora³².

³⁰ Entre otras, Resoluciones de 9 de febrero de 2010 (RG 611/2006 –NFJ038502–), de 16 de septiembre de 2014 (RG 4474/2011 –NFJ055950–), de 18 de mayo de 2022 (RG 4398/2019) y de 19 de julio de 2023 (RG 6654/2022 –NFJ090394–).

³¹ Un desarrollo más pormenorizado puede examinarse en Longás Lafuente (2019, pp. 27 y ss.; 2022b, pp. 163 y ss.). El Auto del TS de 24 de abril de 2024 (rec. núm. 5101/2023 –NFJ092980–) admite el recurso de casación y vuelve a plantear si la limitación del derecho a la deducción del artículo 96.uno.4.º y 5.º encuentra amparo o no en la cláusula *standstill* del artículo 176, párrafo segundo, de la directiva del IVA:

habida cuenta que introduce una condición limitativa al ejercicio del derecho de deducción, entrando en vigor dicha disposición el mismo día que el Reino de España se incorporó a la UE, el 1 de enero de 1986, no existiendo consecuentemente y en puridad, norma en vigor que previera tal limitación hasta el mismo día de la adhesión.

³² El TS, en relación con los criterios de deducibilidad de los vehículos conforme al artículo 95.tres, ha mantenido que la norma española se ajusta a la directiva del IVA, entre otras, en Sentencias de 29 de mayo

En cualquier caso, aun cuando el artículo 96 no excluye los bienes de inversión, es indudable que se tratará de operaciones muy ocasionales, pues en general su tratamiento derivará al artículo 95.tres, si bien en ocasiones deberán tenerse en cuenta ambos preceptos, como es el supuesto de adquisición de bienes de inversión para afectarlos parcialmente a la actividad económica y para cederlos gratuitamente a terceros, si bien por esta cesión no existe entrega de bienes, sino prestación de servicios, por lo que mal puede aludirse a autoconsumo interno sobrevenido en este caso por aplicación del artículo 96.

En cuanto al artículo 95, será el marco objetivo en el que habitualmente podrá suscitarse el autoconsumo interno sobrevenido, teniendo en cuenta que habrá situaciones en las que en el momento de la adquisición o producción se habrá afectado parcialmente el bien a una actividad sujeta que genere el derecho a la deducción, por lo que resultará aplicable el artículo 95.tres. Con posterioridad, sobre la parte afecta del bien, podrá darse el hecho imponible autoconsumo interno sobrevenido, por lo que los ajustes que habrá que efectuar deberán realizarse sobre la parte del bien afecta a la actividad económica sujeta.

Debe tenerse en cuenta, de otra parte, que en el momento en el que el bien modifica su naturaleza fiscal, pasando de existencias a inversión, el sujeto pasivo debe tener derecho a la deducción íntegra del impuesto, ya que, en caso contrario, no se aplicaría esta letra a'), sino el artículo 9.1 d), primer párrafo, o la letra c). Por ello, en primer lugar, deberán examinarse con detenimiento las circunstancias concurrentes en ese preciso momento³³, ya que pueden dar lugar a diferentes situaciones gravadas o no por el impuesto.

Esta letra a') debe ser objeto de examen junto con el artículo 110 de la LIVA, pues, en el momento en el que se produzca la circunstancia prevista en los artículos 95 o 96, deberá aplicarse el anterior precepto, debiendo regularizarse el bien de inversión por los años que resten del periodo total de regularización.

La finalidad de este supuesto no es otra, como se ha indicado, que evitar un fraude o abuso de derecho, pues desde el inicio del periodo de regularización en el que estuvo el bien de inversión afecto a la actividad, computado desde la puesta en funcionamiento, generó el

de 2018 (rec. núm. 2834/2017 –NFJ072166–), de 31 de enero de 2019 (rec. núm. 1866/2018 –NFJ093017–) y de 16 de diciembre de 2019 (rec. núm. 2662/2017). Respecto del artículo 96, ha manifestado análogo criterio en las Sentencias de 22 de abril de 2021 (rec. núm. 3882/2020 –NFJ081965–) y de 6 de octubre de 2021 (rec. núm. 4337/2020 –NFJ083880–).

³³ En el supuesto de una actividad inmobiliaria de promoción en la que una de las viviendas pasa a utilizarse como bien de inversión arrendándose, ello conlleva que, si bien la vivienda pasa a tener la condición de bien de inversión, el sujeto pasivo tendrá a partir de ese mismo momento dos sectores diferenciados, por lo que aplicaremos el artículo 9.1 c). Sin embargo, si la vivienda pasa a afectarse como oficina, no habrá supuesto de autoconsumo, pues existirá una única actividad que generará el derecho a la deducción. Si con posterioridad se arrienda como vivienda, tendrá lugar el supuesto de autoconsumo interno sobrevenido del artículo 9.1 d) a').

derecho a deducir; no obstante, a partir de concurrir el suceso previsto en los artículos 95 o 96 y por el periodo restante hasta el transcurso total del periodo de regularización, no genera el sujeto pasivo el derecho a deducir total o parcialmente. Por tanto, el ajuste fiscal que habrá de efectuarse por el supuesto de autoconsumo sobrevenido deberá tener en cuenta este lapso, no permitiendo la deducibilidad de las cuotas soportadas por el tiempo que reste hasta completar los 5 o 10 años, ya sea mueble o inmueble, incluido aquel en el que acaece la circunstancia prevista en dichos preceptos. Análogo ajuste deberá efectuarse si la entrega del bien exenta se produce en el año de entrada en funcionamiento, antes del periodo de regularización de los cuatro o nueve años siguientes, en función de la naturaleza del bien.

En este sentido, se establece en el artículo 110.uno para estos supuestos la misma regla que para la entrega de bienes de inversión exenta o no sujeta, considerándose por ello una minoración de la cuota soportada deducible por la adquisición, producción o importación del bien; estimándose que el bien de inversión se utiliza exclusivamente durante el resto del periodo de regularización en la realización de una actividad que no origina el derecho a deducir durante todo el año en el que se produce la circunstancia de los artículos 95 o 96 y los restantes hasta la expiración del periodo de regularización.

El precepto señala expresamente que esta regla resulta de aplicación en los supuestos en los que el sujeto pasivo destinase bienes de inversión a fines que, con arreglo a lo establecido en los artículos 95 o 96, determinen la aplicación de limitaciones, exclusiones o restricciones del derecho a deducir durante todo el año en el que se producen estas circunstancias y los restantes del periodo de regularización, haciendo así alusión directa a los supuestos de autoconsumo interno sobrevenido de la letra a') que se examina en este epígrafe.

El devengo del autoconsumo interno sobrevenido tendrá lugar cuando se produzcan las circunstancias que determinan la limitación o exclusión del derecho a la deducción, conforme al artículo 75.uno.5.º, letra a), por lo que en ningún caso habrá de trasladarse este devengo a fecha 31 de diciembre del ejercicio en el que se produzcan estas circunstancias para declarar el autoconsumo junto con la regularización que hay que efectuar por el bien de inversión a la finalización del ejercicio, ni tampoco deberá anticiparse al momento en el que el bien de circulante modificó su naturaleza fiscal a bien de inversión, presentando una autoliquidación rectificativa.

Respecto de la base imponible, a pesar de que las condiciones respecto a la utilización del bien de inversión se producen en el momento que se acaba de señalar, su concreción deberá tener en cuenta el valor del bien en el momento en el que se produjo el cambio de afectación del bien de circulante a bien de inversión, pues es en este momento cuando tiene lugar propiamente dicho el autoconsumo interno del artículo 9.1 d). Por ello, deberemos tener en cuenta el valor del bien a esta primera fecha, pues el fundamento del ajuste radica precisamente en la alteración de la naturaleza fiscal del bien, condición *sine qua non* para que se produzca el hecho imponible.

Como se ha señalado, la directiva del IVA no establece regla especial del devengo para estas operaciones, como tampoco la fija respecto de la base imponible, lo que sugiere dudas respecto a la adecuación de la norma española a la de la Unión, teniendo en cuenta además que el devengo se produce en un momento y la valoración de la base imponible se refiere a otro distinto.

Diferenciaremos, por tanto, los siguientes hitos en la tributación de esta operación de autoconsumo interno sobrevenido por la letra a'):

- En el momento en el que el bien de circulante o existencia pase a tener la consideración de inversión dentro de la misma actividad única o un sector diferenciado, como el sujeto pasivo genera el derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado, la operación no quedará gravada.
- Cuando el bien de inversión se destine a los fines previstos en los artículos 95 o 96, se producirá el supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, que deberá gravarse, al producirse en ese momento el devengo de esta operación. Por ello, el sujeto pasivo deberá declarar el IVA devengado y se deducirá en la medida en la que tenga derecho a ello. No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.dos, puede deducirse íntegramente la cuota soportada en la adquisición, producción o importación del bien, para lo cual efectuará el ajuste incrementando la cuota deducible en la diferencia que no haya sido objeto de deducción.
- En tanto estamos ante un bien de inversión y producido el hecho imponible autoconsumo interno sobrevenido durante el periodo de regularización del bien, deberá realizarse el ajuste correspondiente por los años que resten del periodo de regularización, incluyendo aquel en el que se produce este hecho imponible, de acuerdo con el artículo 110.uno.2.º, párrafo segundo; precepto que, como se ha indicado, detalla el ajuste que se debe realizar cuando se produce la entrega de bienes de inversión durante el periodo de regularización. Por ello, este ajuste deberá realizarse en la declaración-liquidación del periodo en el que se produce el devengo del autoconsumo interno sobrevenido, pues, conforme a la doctrina del TEAC, estas regularizaciones del artículo 110 deben declararse en el periodo en el que se produce la entrega del bien³⁴. Supone estimar que este cambio de afectación no genera el derecho a la deducción por este periodo y los restantes, puesto que se asimila a una entrega exenta o no sujeta, por lo que se considerará que se emplea exclusivamente en la realización de operaciones que no originan el derecho a deducir durante todo el año en el que se produce el hecho imponible y los restantes hasta la expiración del periodo de regularización. Sin embargo, debe precisarse que el supuesto de autoconsumo se produce no solo

³⁴ Resolución de 19 de diciembre de 2007 (RG 1797/2006 –NFJ028083–).

cuando se excluya el derecho a deducir, sino también cuando se limite, puesto que en el artículo 9.1 d) a') se alude a que se afecte el bien a las operaciones que en virtud de los artículos 95 o 96 se limite o excluya el derecho a deducir. Al aplicar esta regla del artículo 110.uno.2.º, el legislador presume que se afecta a una operación o actividad que excluye el derecho a deducir, sin tener en cuenta que en ocasiones puede producirse solo una limitación, esto es, una minoración del porcentaje de prorrata, sin que se haya previsto solución alguna para este supuesto concreto distinta de la anterior, cuando no resultaría aplicable el ajuste al que obliga el legislador, pues bastaría aplicar los ajustes previstos en los artículos 107 y 109 en cada uno de los años que restasen de regularización siempre que hubiera una diferencia superior a diez puntos porcentuales entre la prorrata definitiva del año de regularización y aquella en la que se produjo el hecho imponible del autoconsumo interno.

Quede claro que, en definitiva, con este supuesto de autoconsumo interno sobrevenido lo pretendido por el legislador es gravar por el ajuste que tiene lugar como consecuencia de la aplicación del artículo 110 de la LIVA, ya que el gravamen por el hecho imponible autoconsumo es neutro, de ahí lo expuesto, tanto en este supuesto como en los siguientes, de que bastarían los ajustes previstos en los artículos 107 a 110 para adecuar la tributación de estas operaciones al principio de neutralidad.

El cambio de destino que se produce en el bien de inversión da lugar a este supuesto de autoconsumo, aunque nada obsta a que en un momento posterior a la realización de este ajuste, y antes de que concluya el periodo de regularización, pueda producirse otra modificación en el porcentaje de afectación, en cuyo caso resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 95.tres.3.º, de forma que esta segunda regularización se ajustará al procedimiento establecido para la deducción y regularización de las cuotas soportadas por la adquisición de los bienes de inversión, sustituyendo el porcentaje de operaciones que originan derecho a la deducción respecto del total por el porcentaje que represente el grado de utilización en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional³⁵.

3.3. Autoconsumo interno sobrevenido cuando los bienes afectados se destinan a su utilización en operaciones que no originen el derecho a la deducción

El segundo supuesto en el que no se considera atribuido íntegramente el derecho a deducir las cuotas soportadas en la adquisición, producción, transformación o importación

³⁵ Un examen práctico de estos supuestos, tanto para esta letra a') como para los siguientes, se realiza en Longás Lafuente (2022a).

del bien es el de la utilización del bien con posterioridad a su afectación como bien de inversión en operaciones que no originan el derecho a la deducción, conforme a la letra b') del artículo 9.1 d) de la LIVA.

La situación de partida es aquella en la que el sujeto pasivo afecta un bien de circulante como de inversión, no quedando sujeto al impuesto el autoconsumo por cuanto tiene derecho a la deducción total del IVA soportado en ese momento y durante el periodo de regularización lo destina, afecta o utiliza en operaciones que no originan el derecho a la deducción, bien porque no quedan gravadas por el impuesto, o bien porque, aplicando la prorrata especial y habiéndose deducido íntegramente la cuota soportada, queda afecto el bien a operaciones que no generan este derecho.

Al igual que en el supuesto anterior, la redacción da lugar a dudas en su interpretación e inseguridad jurídica a la hora de aplicar la norma antiabuso. Así, se alude a que se utiliza en «operaciones», sin que se delimite si se trata de una situación individualizada o puede incluir la afectación o utilización en una actividad, comprensiva de distintas operaciones. Frente a la letra d') en la que se alude específicamente a una operación concreta como es la entrega del bien, tanto en esta letra b') como en la anterior a') y la c') no se hace referencia a un hecho imponible concreto, por lo que debe interpretarse que comprende también la afectación a una actividad.

De otro lado, se indica que estas operaciones no generan el derecho a deducir, sin que se aluda a si comprende la limitación parcial o total del derecho. De la dicción del precepto parece deducirse que se alude a esta última, ya que se refiere a que la operación no origine el derecho, esto es, el destino al que se dedica el bien no genera el derecho, pues en el supuesto de la letra c') sí ha precisado la limitación del derecho; de ahí que, cuando el bien se afecte a una operación que limite el derecho, se aplicará la letra c'), mientras que, cuando no genere el derecho, en ninguna medida se aplicará la letra b'). En cualquier caso, estando ante bienes de inversión, como se ha reiterado, la solución viene dada por la regularización que de los mismos debe efectuarse conforme a los artículos 107 a 110, y ello debe ser suficiente para lograr la necesaria neutralidad del impuesto y el objetivo de evitar supuestos de fraude o abuso del derecho.

A diferencia de la letra a'), en la que el bien se destinaba a uno de los fines de los artículos 95 o 96, esencialmente el primero, debiendo ajustarse la deducción de la cuota soportada a este nuevo destino, en el caso de la letra b') el bien se destina a una operación o actividad que no genera el derecho a la deducción.

En este caso, de acuerdo con el artículo 75.uno.5.º, letra b), el devengo del autoconsumo sobrevenido no tiene lugar cuando se produce la circunstancia que altera la afectación del bien y que determina la exclusión del derecho a deducir, sino que se traslada al 31 de diciembre del ejercicio en el que se produzca la misma, para declarar el autoconsumo junto con la regularización que haya de efectuarse en su caso por el bien de inversión a la finalización del

ejercicio, de acuerdo con los artículos 107 y 109. Por tanto, no debe anticiparse el devengo al momento en el que el bien de circulante modificó su naturaleza fiscal a bien de inversión presentando una declaración complementaria o rectificativa.

En cuanto a la base imponible, debe reiterarse lo expuesto respecto al primero de los supuestos que se han examinado.

Diferenciaremos, por tanto, los siguientes hitos en la tributación de esta operación de autoconsumo interno sobrevenido por la letra b'):

- En el momento en el que el bien de circulante o existencia pase a tener la consideración de bien de inversión, como el sujeto pasivo genera el derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado, la operación no quedará gravada.
- Cuando el bien se destine a operaciones que no generan el derecho a la deducción, se producirá el supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, que deberá gravarse, al producirse en ese momento el devengo del impuesto. A fecha 31 de diciembre del ejercicio en el que concurra la circunstancia el sujeto pasivo se autorrepercute la cuota devengada. En tanto resulta de aplicación el artículo 102. dos, se practicará este ajuste, que supone permitir la deducción de la cuota soportada por la adquisición, producción o importación del bien, con lo que este gravamen resulta neutro a efectos del impuesto.

En tanto estamos ante un bien de inversión habiéndose producido el hecho imponible autoconsumo interno sobrevenido durante el periodo de regularización del bien, deberá procederse a efectuar el ajuste correspondiente en cada uno de los años que resten del periodo de regularización, conforme a lo dispuesto en los artículos 107 y 109, siempre que exista una diferencia superior a diez puntos porcentuales entre la prorrata definitiva de cada uno de los ejercicios de regularización y la del ejercicio en que se tuvo lugar el hecho imponible autoconsumo. Además, este ajuste deberá realizarse en la declaración-liquidación del periodo en el que se produce el devengo del autoconsumo interno sobrevenido, ya que tiene lugar antes de finalice el año, así como en las declaraciones-liquidaciones del último periodo mensual o trimestral del resto de los años que queden por regularizar.

En definitiva, con este supuesto de autoconsumo interno sobrevenido lo pretendido por el legislador es gravar por el ajuste que tiene lugar como consecuencia de los artículos 107 y 109 de la LIVA por el resto de los años que queden del periodo de regularización del bien de inversión, incluido aquel en el que se produce el hecho imponible, ya que el gravamen por el autoconsumo es neutro.

El cambio de destino que se produce en el bien de inversión da lugar a este supuesto de autoconsumo, aunque nada obsta a que en un momento posterior a la realización del primer ajuste que se efectúe por los artículos 107 y 109, y antes de que concluya el periodo de

regularización, pueda producirse otra modificación en la afectación del bien, en cuyo caso se procederá en la forma expuesta por el artículo 95.tres.3.º, teniendo en cuenta que en la regularización que habrá que efectuar en la última autoliquidación mensual o trimestral del año deberá tenerse en cuenta tanto la variación en el porcentaje de afectación como el de la prorrata definitiva.

3.4. Autoconsumo interno sobrevenido cuando el bien se afecte o utilice exclusivamente en operaciones que originen el derecho a la deducción, siendo aplicable la regla de prorrata general

Conforme a la letra c') del artículo 9.1 d), no se entenderá atribuido el derecho a deducir íntegramente las cuotas soportadas cuando, con posterioridad a la puesta en funcionamiento de los bienes de inversión por los que se dedujeron las cuotas, los bienes se destinen a la utilización exclusiva en operaciones que originen el derecho a la deducción, siendo aplicable la regla de prorrata general.

Este supuesto es complementario del anterior, pretendiéndose por el legislador que queden amparadas por el autoconsumo sobrevenido las posibles situaciones que puedan originar fraude o abuso de derecho. Si en el anterior la afectación del bien de inversión tenía lugar respecto de una actividad u operación que no generaba el derecho a deducir, en el caso de la letra c') se afecta a una actividad en la que se aplica la regla de prorrata general y, por tanto, el sujeto pasivo no tiene derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado.

Al igual que en la letra b'), si la afectación del bien circulante a inversión no hubiese generado el derecho a deducir el impuesto soportado, total o parcialmente, no estaríamos aplicando ninguno de los dos supuestos previstos en las letras b') o c'), dado que en ese momento tendría lugar un autoconsumo interno recogido en los párrafos primero y segundo de la letra d) del artículo 9.1.

Por tanto, el caso que ahora se examina es análogo al previsto en la letra b'), no gravándose el autoconsumo interno cuando el bien de circulante se afecta como bien de inversión, produciéndose con posterioridad un cambio de afectación, con la diferencia ahora respecto de la letra b') de que el bien de inversión se afecta a una actividad a la que se aplica la prorrata general (letra c').

El devengo de este autoconsumo interno sobrevenido no tiene lugar cuando se producen las circunstancias que determinan la limitación o exclusión del derecho a la deducción, sino que se traslada, como en el supuesto de la letra b'), al 31 de diciembre del ejercicio en el que se produzcan estas circunstancias, conforme al artículo 75.uno.5.º, letra c), para declarar el autoconsumo junto con la regularización que haya de efectuarse por el bien de

inversión a la finalización del ejercicio, de forma que no se anticipa al momento en el que el circulante modificó su naturaleza fiscal a bien de inversión presentando una declaración complementaria o rectificativa.

En cuanto a la base imponible, a pesar de que las condiciones respecto a la utilización del bien de inversión se producen en el momento que se acaba de señalar, su determinación deberá tener en cuenta el valor del bien en el momento en el que se produjo el cambio de afectación de bien de circulante a bien de inversión, pues es en este momento cuando tiene lugar el autoconsumo interno propiamente dicho del artículo 9.1 d), teniendo en cuenta el valor del bien a esta primera fecha.

Los hitos que hay que tener en cuenta en la tributación de esta operación son análogos a los examinados en la letra b'), reiterando lo expuesto en la misma, pues, como en ese supuesto, el legislador pretende en última instancia gravar por el ajuste que tiene lugar por aplicación de los artículos 107 y 109 por los años que resten del periodo de regularización del bien de inversión, ya que el gravamen por el autoconsumo es neutro.

Al igual que en los supuestos anteriores, deberá tenerse en cuenta la posible modificación del porcentaje de afectación del bien a la actividad económica sujeta, debiéndose aplicar lo dispuesto en el artículo 95.tres.5.º de la LIVA.

3.5. Autoconsumo interno sobrevenido cuando con el bien se efectúe una entrega exenta del IVA que no origine el derecho a deducir

Es este supuesto con el que con mayor claridad puede concluirse que bastan los ajustes previstos para los bienes de inversión durante el periodo de regularización, en concreto en el artículo 110, sin necesidad de una regulación que lleva cierto grado de incertidumbre e inseguridad jurídica al establecer el hecho imponible autoconsumo sobrevenido.

Conforme a la letra d') del artículo 9.1 d), no se entenderá atribuido el derecho a deducir íntegramente las cuotas soportadas cuando, con posterioridad a la puesta en funcionamiento del bien de inversión por el que se dedujeron las cuotas, este se destine a una entrega exenta del impuesto que no origine el derecho a deducir.

Nos encontramos ante un sujeto pasivo que afecta el bien de circulante como bien de inversión, generando en dicho momento el derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado, por lo que no da lugar este hecho a un autoconsumo interno de la letra d). Al igual que los casos examinados anteriormente, durante el periodo de regularización en el que no cambian las circunstancias, no habrá que realizar ajuste alguno por la regularización de los bienes conforme a lo dispuesto en los artículos 107 y 109.

Posteriormente, durante este periodo de regularización del bien de inversión, el sujeto pasivo lleva a cabo una entrega del mismo que está exenta del IVA y que no genera el derecho a deducir. Se trata, pues, de una operación referida específicamente al bien de inversión.

Quede claro que, si la entrega está sujeta y no exenta, la operación quedará gravada por el IVA³⁶ y no se producirá el supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, ya que, como señala el párrafo segundo de la letra d) del artículo 9.1, no se aplica este supuesto de autoconsumo interno por cambio de afectación de circulante a inversión cuando al sujeto pasivo se le hubiera atribuido el derecho a deducir íntegramente las cuotas del IVA que hubiera soportado en el caso de adquirir a terceros bienes de idéntica naturaleza.

Esta letra d') debe ser objeto de examen junto con el artículo 110, pues, al igual que en el caso de la letra a'), en el momento en el que se produce la entrega exenta deberá aplicarse el ajuste previsto en el citado precepto, debiendo regularizarse el bien de inversión por los años que resten del periodo total de regularización, que incluyen aquel en el que se produce la entrega del bien.

Su finalidad no es otra, como se ha reiterado, que evitar un fraude o abuso de derecho, pues, desde el inicio del periodo de regularización que estuvo el bien afecto a la actividad, computado desde la puesta en funcionamiento, generó el derecho a deducir; no obstante, cuando se realiza la entrega, y por el periodo restante hasta el transcurso total del mismo, no genera el derecho a deducir, al igual que cualquier otro bien de inversión respecto del que tiene lugar una entrega exenta durante el periodo de regularización. Por tanto, el ajuste fiscal derivado del autoconsumo interno sobrevenido deberá tener en cuenta exclusivamente este lapso, no permitiendo la deducibilidad de las cuotas soportadas por el tiempo que reste hasta completar los 5 o 10 años, ya sea mueble o inmueble.

En este sentido, el artículo 110.uno aplica para estos supuestos la misma regla que para la venta de bienes de inversión exenta o no sujeta, conllevando una minoración de la cuota soportada deducible por la adquisición, producción o importación del bien, que no va a ser corregida en ningún caso con posterioridad, al presumirse que el bien de inversión se utiliza exclusivamente durante el resto del periodo de regularización en la realización de una operación que no genera el derecho a deducir, como así es, puesto que la entrega, que es la circunstancia que origina el ajuste, está exenta –limitada– o no sujeta³⁷.

³⁶ Aun cuando se trate de bienes inmuebles y estemos ante una segunda o ulterior transmisión. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.uno.20.º y 22.º y dos de la LIVA, se puede renunciar a la exención, por lo que el sujeto pasivo de la entrega será el adquirente (art. 84.uno d), segundo guion, de la LIVA), que deberá autorrepercutirse y deducirse en la medida en que tenga derecho a ello.

³⁷ Queda claro que cuando se produce una entrega exenta con exención plena no se produce el supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, si bien deberán tenerse en cuenta las excepciones previstas, entre otros, en los artículos 22.dieciséis, 23.cuatro y 24.cinco de la LIVA.

El precepto regula precisamente el ajuste que hay que realizar en los casos de entregas de bienes durante el periodo de regularización estableciendo que se realizará una regularización única por el tiempo de dicho periodo que reste por transcurrir. En definitiva, lo pretendido por el legislador es recordar la aplicación de esta regla o ajuste, que debe aplicarse también a estos supuestos con el fin de evitar situaciones de fraude o abuso de derecho.

Como se ha indicado, podría prescindirse de este supuesto de autoconsumo, en tanto que la entrega de todo bien de inversión durante el periodo de regularización da lugar a la aplicación del ajuste del artículo 110, cuando la entrega esté exenta –con exención limitada–, aun cuando se trate de sujetos pasivos que realizan actividades generadoras del derecho a la deducción, encontrándonos así ante una regla antifraude o antiabuso en la que quedaría comprendido ese supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, si bien el legislador pretende con ello recordar la aplicación de esta regla.

Teniendo en cuenta los términos del artículo 110 y el supuesto de autoconsumo sobrevenido, el ajuste al que obliga este precepto no se producirá con bienes muebles de inversión (la entrega de estos bienes, en general, estará sujeta y no exenta, por lo que no se aplicará el supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, con la excepción, en su caso, de los bienes muebles cuya entrega esté exenta por las causas técnicas previstas en el art. 20.uno.24.º y 25.º). Por ello, el marco objetivo habitual será el de bienes inmuebles cuando nos encontremos ante una de las operaciones exentas del artículo 20.uno.20.º y 22.º y siempre que no se renuncie a la exención. Téngase en cuenta que en el artículo 9.1 d) d') se alude a entregas exentas, por lo que siempre debe existir sujeción al impuesto, lo que implica que no se aplique a las entregas no sujetas, en cuyo caso debe plantearse la aplicación del supuesto previsto en la letra a').

El devengo del autoconsumo interno sobrevenido tendrá lugar cuando se produzca el de la entrega exenta, conforme al artículo 75.uno.5.º, letra d), por lo que en ningún caso deberá trasladarse a fecha 31 de diciembre del ejercicio en el que se produce este hecho imponible, dada la finalidad del gravamen de esta operación, que es la regularización por la cuota soportada deducible.

Respecto de la base imponible, deben reiterarse las consideraciones que se han efectuado en los supuestos anteriores, esto es, se considerará el valor del bien en el momento en el que modificó su naturaleza fiscal de bien circulante a inmovilizado o bien de inversión.

Diferenciaremos los siguientes hitos en la tributación de la operación de autoconsumo interno sobrevenido por la letra d'):

- En el momento en el que el bien de circulante o existencia pase a tener la consideración de inversión dentro de la misma actividad única o un sector diferenciado, como el sujeto pasivo genera el derecho a deducir íntegramente el impuesto soportado, la operación no quedará gravada.

- Cuando el sujeto pasivo efectúe durante el periodo de regularización del bien de inversión una entrega sujeta y exenta del IVA, se producirá el supuesto de autoconsumo interno sobrevenido, que deberá gravarse, produciéndose en ese momento su devengo. El sujeto pasivo deberá declarar el IVA devengado aplicando lo dispuesto en el artículo 102.dos, por lo que podrá deducirse íntegramente la cuota soportada en la adquisición, producción o importación del bien, para lo cual efectuará el ajuste incrementando la cuota deducible en la diferencia que no haya sido objeto de deducción.
- En tanto estamos ante un bien de inversión y producido el hecho imponible autoconsumo interno sobrevenido durante el periodo de regularización del bien, deberá realizarse el ajuste único correspondiente por los años que resten del periodo de regularización, incluyendo aquel en el que se produce este hecho imponible, de acuerdo con el artículo 110.uno.2.º, párrafo primero, en la declaración liquidación del periodo en el que se produce el devengo del autoconsumo interno sobrevenido³⁸.

3.6. Cuantificación de la base imponible en los supuestos de autoconsumo interno sobrevenido

En los cuatro supuestos que se han examinado, respecto de la base imponible, a pesar de que las condiciones para gravarlos se producen en cada uno de los momentos que se han señalado conforme al artículo 75.uno.5.º, su concreción o valoración deberá tener en cuenta el valor del bien en el momento en el que se produjo el cambio de afectación del bien de circulante a bien de inversión, pues es en este momento cuando tiene lugar propiamente el autoconsumo interno del artículo 9.1 d) por cambio de afectación de circulante a inversión. Por ello, deberemos tener en cuenta el valor del bien a esta primera fecha, dado que el fundamento del ajuste radica precisamente en la alteración de la naturaleza fiscal del bien, condición *sine qua non* para que se produzca el hecho imponible. Esto es, a pesar del momento del devengo, la base imponible tiene en cuenta cuándo se produce el cambio de afectación del bien circulante a inversión.

La cuantificación de la base imponible, en todos los casos examinados, se atenderá a la regla especial contenida en el artículo 79.tres de la LIVA, transposición del artículo 74 de la directiva del IVA. De acuerdo con este último, referido a los autoconsumos de bienes, incluidos los internos, la base imponible estará constituida por el precio de compra de tales bienes o de bienes similares o, a falta del precio de compra, por el precio de coste, evaluados tales precios en el momento en el que las operaciones se realicen, esto es, cuando se produzca el

³⁸ Como se indicado en nota anterior, el TEAC ha mantenido que la regularización por aplicación del artículo 110 deberá efectuarse en la declaración-liquidación del periodo en el que tenga lugar la entrega del bien sujeta y exenta (Resolución de 19 de diciembre de 2007, RG 1797/2006 –NFJ028083–).

hecho imponible autoconsumo interno. Este precepto tiene efecto directo, pues establece clara e incondicionalmente los criterios para concretar la base imponible de los autoconsumos³⁹.

El legislador nacional no traslada a la LIVA los mismos términos recogidos en la directiva del IVA, y respecto de los autoconsumos de bienes, sin diferenciar entre externos e internos comprendiendo dentro de estos últimos los sobrevenidos, establece dos reglas, ampliadas por una tercera en donde se recoge una cláusula correctora para adecuar el valor al momento en el que tiene lugar el hecho imponible, de forma que:

- Si los bienes objeto del autoconsumo, en el momento de producirse el hecho imponible, se encuentran en el mismo estado en el que fueron adquiridos sin haber sido sometidos a proceso alguno de fabricación, elaboración o transformación por el propio sujeto pasivo, o por su cuenta, la base imponible será la que se hubiese fijado en la operación por la que se adquirieron dichos bienes o, tratándose de bienes importados, será la que hubiera prevalecido para la liquidación del impuesto a la importación de los mismos.
- Si los bienes objeto del autoconsumo se hubiesen sometido a procesos de elaboración o transformación por el transmitente o por su cuenta, la base imponible será el coste de los bienes o servicios utilizados por el sujeto pasivo para la obtención de dichos bienes, incluidos los gastos de personal efectuados con la misma finalidad.
- Se establece, como se ha indicado, una corrección aplicable a las dos reglas anteriores, que tiene en cuenta posibles alteraciones, de forma que si el valor de los bienes, en el momento en el que se produce el hecho imponible, hubiese experimentado alteraciones como consecuencia de su utilización, deterioro, obsolescencia, envejecimiento, revalorización o cualquier otra causa, se considerará como base imponible el valor de los bienes en el momento en que se efectúe la entrega⁴⁰, presumiéndose que ha tenido lugar un deterioro total cuando las operaciones

³⁹ En este sentido se pronuncia el TJUE en Sentencia de 8 de mayo de 2013 (asunto C-142/11 –NFJ047391–), *Marinov*.

⁴⁰ Si bien el precepto alude al valor de los bienes en el momento de la entrega, debe entenderse que no se corresponde con el valor de mercado del bien en el momento del devengo en cuanto no es lo pretendido por el legislador de la Unión, ya que esta tercera regla pretende corregir las dos anteriores en las que no se tiene en cuenta el valor añadido que introduce el sujeto pasivo por ese bien. Se trata de rectificar el valor inicial con las posibles alteraciones o depreciaciones, pero no tiene por qué corresponderse con el valor de venta del bien por el sujeto pasivo, ya que en ese caso podría gravarse ese valor añadido que no tienen en cuenta las dos reglas anteriores. No obstante, algunos autores, como Sánchez Gallardo (2001b, p. 39), lo identifican con el valor de mercado; también lo consideran así la AN, en Sentencias de 26 de septiembre de 2007 (rec. núm. 18/2006 –NFJ092993–) y de 12 de septiembre de 2008 (rec. núm. 202/2007), confirmando, respectivamente, las resoluciones del TEAC de 26 de octubre de 2005 (RG 3533/2003) y de 16 de septiembre de 2007 (RG 2577/2006 y 4049/2006, acumuladas), y la DGT en la Consulta V3179/2016, de 7 de julio (NFC061394).

tengan por objeto bienes adquiridos por entidades sin fines lucrativos, definidas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 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, siempre que se destinen por las mismas a los fines de interés general que desarrollen de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1.º de dicha ley⁴¹.

En los casos que examinamos, la problemática a la que pretende dar solución la regla especial de determinación de la base imponible radica en que el sujeto pasivo no obtiene de ningún destinatario comprador una contraprestación real que pueda servir de base imponible para concretar la cuota del IVA devengada⁴².

Uno de los principios básicos sobre los que pivota la doctrina del TJUE es que la facultad de asimilación a una entrega a título oneroso que tienen los Estados miembros para gravar los autoconsumos internos por cambio de afectación de circulante a inversión no puede servir para percibir un importe en concepto del IVA sobre el valor de los bienes respecto del cual el sujeto pasivo ya ha pagado el IVA con anterioridad⁴³, y ello porque un gravamen reiterado sería incompatible con la nota esencial del impuesto, ya que se aplica sobre el valor añadido de los bienes o servicios correspondientes⁴⁴. Ahora bien, si el IVA abonado sobre los

⁴¹ Esta última precisión, que no afecta en principio a los supuestos de autoconsumo interno sobrevenidos, ha sido incluida por la disposición final 3.1 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para la economía circular, lo que pone en duda la técnica utilizada por el legislador, sin que en la exposición de motivos se dé explicación alguna sobre esta reforma de la LIVA. La inclusión de este supuesto, que supone el establecimiento de una nueva regla especial no prevista en la directiva del IVA, da lugar a notables conflictos, dado que afecta al principio de neutralidad fiscal, legitimando posibles supuestos en los que tenga lugar un abuso de derecho, contrario a los principios inspiradores del sistema común del IVA. Para un análisis más exhaustivo y crítico de esta regla, véanse Blázquez Lidoy (2023, pp. 21 y ss.); Longás Lafuente (2023, pp. 32-38).

⁴² Sentencias del TJUE de 9 de junio de 2011 (asunto C-285/10 –NFJ042807–), Campsa Estaciones de Servicios, apartados 26 y 27; y de 23 de abril de 2015 (asunto C-16/14 –NFJ058005–), Property Development Company, apartado 34.

⁴³ Sentencias de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-299/11 –NFJ049277–), Gemeente Vlaardingen, apartado 32; y de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartado 41.

⁴⁴ Señala el TJUE en la Sentencia de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartado 42, que:

El impuesto exigible al efectuar una transacción se calcula deduciendo previamente el impuesto abonado en la transacción precedente (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1992, Beaulande, C-208/91, EU:C:1992:524, apartado 14; de 17 de septiembre de 1997, UCAL, C-347/95, EU:C:1997:411, apartado 34, y de 29 de abril de 2004, GIL Insurance y otros, C-308/01, EU:C:2004:252, apartado 33), como con la finalidad de la referida facultad de asimilación, que consiste ciertamente en permitir a los Estados miembros gravar con el IVA la aplicación de bienes a las necesidades de actividades exentas de IVA, pero no implica en modo alguno autorizar a los Estados miembros a gravar varias veces con el IVA una misma parte del valor de esos bienes (sentencia de 8 de noviembre de 2012, Gemeente Vlaardingen, C-299/11, EU:C:2012:698, apartado 32).

elementos del precio de coste se deduce por el sujeto pasivo posteriormente, el gravamen resultante del autoconsumo interno no supone una reiteración del mismo valor⁴⁵. De todo debe deducirse también que no puede identificarse sin más la base imponible con el valor de mercado en el supuesto de que deba aplicarse la regla tercera prevista en nuestra norma interna.

El órgano revisor de la Unión ha reiterado que la base imponible en los supuestos de autoconsumo estará constituida por el precio de compra de los bienes o de bienes similares y solo en ausencia del mismo se determinará por referencia al precio de coste⁴⁶, evaluados tales precios en el momento en el que se realizan las operaciones⁴⁷, sin que pueda incluirse, en ningún caso, un valor respecto del que el sujeto pasivo haya soportado el IVA sin haberlo podido deducir a continuación, por lo que, *a sensu contrario*, pueden incluirse en la base imponible aquellos valores por los que el sujeto pasivo haya deducido el IVA⁴⁸.

Queda claro que el precio de compra tiene preferencia sobre el precio de coste, de forma que este solo resulta aplicable a falta de precio de compra de los bienes en cuestión o de los bienes similares. Si el sujeto pasivo ha adquirido los bienes destinados o afectados al autoconsumo, la base imponible referida al hecho imponible está constituida por el precio de compra de tales bienes, entendiéndose por tal el valor residual de los bienes en el momento de cambio de destino o afectación. La norma hace alusión también al precio de compra de bienes similares, debiendo entenderse que este criterio supone que la base imponible se determina por referencia al supuesto en el que el sujeto pasivo no haya obtenido mediante compraventa los bienes objeto del autoconsumo, aun cuando resulta necesario que se trate de bienes cuyas características y condiciones esenciales sean similares a las del bien objeto de autoconsumo⁴⁹. Solo en el caso de que no pueda determinarse la base imponible por cualquiera de las dos formas apuntadas, se acudirá al precio de coste.

Se plantea si, cuando se alude al «precio de coste» o en la LIVA la regla segunda antes expuesta, deben incluirse solo los costes gravados por los que se haya soportado el IVA o también aquellos por los que no se ha soportado el impuesto, como son, por ejemplo, los de personal. Para el TJUE⁵⁰, el precio de coste no debe basarse solo en los costes directos

⁴⁵ Conclusiones del abogado general al asunto C-218/14, presentadas el 15 de octubre de 2015, apartado 45.

⁴⁶ Sentencias de 23 de abril de 2015 (asunto C-16/14 –NFJ058005–), Property Development Company, apartado 37; y de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartado 38.

⁴⁷ Entre otras, Sentencia de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartado 37.

⁴⁸ Sentencias de 23 de abril de 2015 (asunto C-16/14 –NFJ058005–), Property Development Company, apartado 42; y de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartados 42 y 45.

⁴⁹ Entre otras, Sentencias de 8 de noviembre de 2012 (asunto C-299/11 –NFJ049277–), Gemeente Vlaardingen, apartado 30; y de 23 de abril de 2015 (asunto C-16/14 –NFJ058005–), Property Development Company, apartados 35 a 40.

⁵⁰ Sentencia de 25 de abril de 2024 (asunto C-207/23 –NFJ092864–), Finanzamt X e Y KG, apartados 56 a 59.

de fabricación o producción o en los costes gravados con el impuesto soportado, sino que debe aproximarse lo máximo posible al precio de compra, por lo que, en definitiva, deben incluirse «tanto los costes de producción y de fabricación directos como los indirectos, como los gastos de financiación, hayan sido o no gravados con el IVA soportado».

Hay que advertir que el TJUE, de forma reiterada, ha venido aludiendo a que estos precios, calculados en el momento del devengo, hacen referencia al valor residual de los bienes en el momento de su destino o afectación⁵¹.

Todo ello lleva a plantearse si la dicción del artículo 79.tres de la LIVA se ajusta a la directiva del IVA y las consecuencias que, en aplicación de la norma española, deben tener en cuenta los órganos de aplicación de los tributos y los revisores, en cuanto, como se ha expuesto, estamos ante un precepto de la directiva que tiene efecto directo y que, en caso de resultar más favorable, podría ser exigido este efecto directo del artículo 74 de la directiva del IVA sobre la norma nacional⁵².

Se plantea qué regla especial deberá aplicarse cuando concurren las circunstancias del apartado tercero o autoconsumo y las del apartado quinto u operaciones vinculadas. Queda claro que, en todo caso, esta problemática se suscitará cuando estemos ante un supuesto de autoconsumo externo⁵³, pero no cuando se trate del interno, en cuanto, en este caso,

⁵¹ Sentencias de 17 de mayo de 2001 (asuntos acumulados C-322/99 y C-323/99 –NFJ010678–), Fischer y Brandenstein, apartado 80; de 8 de mayo de 2013 (asunto C-142/12 –NFJ050627–), Marinov, apartado 32; y de 28 de abril de 2016 (asunto C-128/14 –NFJ062576–), Het Oudeland Beheer, apartados 55 y ss.

⁵² Sobre el efecto vertical de las directivas cuando no han sido objeto de transposición o esta ha sido incorrecta, existe una abundante jurisprudencia del TJUE desde épocas tempranas. Basta considerar así las Sentencias de 5 de abril de 1979 (asunto C-148/78), Ratti; de 19 de abril de 1982 (asunto C-8/81 –NFJ000004–), Becker Finanzamt Münster-Innenstadt; de 26 de febrero de 1986 (asunto C-154/84), Marshall, o de 11 de junio de 1987 (asunto C-14/86), Pretore di Saló.

⁵³ Debe primar en este caso también la aplicación de la regla del apartado tercero sobre la del apartado quinto, en tanto en la vinculación se exige siempre la existencia de contraprestación, a diferencia del autoconsumo, en el que no tiene lugar. Basta una lectura de los tres supuestos del apartado quinto en los que debe aplicarse esta regla especial para las operaciones vinculadas para darnos cuenta de que se exige en todos ellos una «contraprestación pactada», superior o inferior a la que correspondería en condiciones normales de mercado. A ello debe añadirse que debe ser preferente la regla especial sobre la general, siendo la regla de la vinculación simplemente una especificación de la misma, frente a la del autoconsumo, que sí tiene sustantivamente la naturaleza de regla o norma especial. Esta tesis tiene su apoyo también en la jurisprudencia del TS, Sentencia de 25 de enero de 2010 (rec. núm. 9177/2003 –NFJ038069–), al poner de manifiesto que resulta «esencial que se trate de operaciones realizadas sin contraprestación y a título gratuito para que concorra este hecho imponible. Lógicamente, por su propia definición, no abarca operaciones realizadas a título oneroso», estimando que la regla de vinculación se aplica cuando existe onerosidad, lo que no ocurre en el caso del autoconsumo. La DGT, al examinar supuestos de autoconsumos, cita también la regla del apartado quinto, pero concluye en que resultará de aplicación cuando concurren las condiciones que se indican en la misma, sin mayor definición (Consultas V2439/2017, de 2 de octubre –NFC066396–, y V0264/2024, de 29 de febrero –NFC088456–).

no se da ninguno de los supuestos previstos en la norma española ni en el artículo 80 de la directiva del IVA para considerar la existencia de vinculación, por lo que resultará de aplicación el artículo 79.tres.

4. Cambio de afectación con carácter previo al inicio de las actividades por el empresario o profesional sujeto pasivo del IVA

La normativa reguladora del impuesto da un concepto económico de empresario o profesional de forma que este adquiere esta condición no cuando comienza su actividad económica propiamente dicha, consistente en la entrega de bienes o en la prestación de servicios, sino que se considera iniciada desde el momento en el que se realizan adquisiciones de bienes o servicios con la intención de destinarlos al desarrollo de la actividad económica, si bien ello debe estar confirmado por elementos objetivos, por lo que, a partir de ese momento, tiene la condición de empresario o profesional⁵⁴. De esta forma, el empresario o profesional podrá deducir las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de las entregas o prestaciones de servicios siempre que vayan a quedar afectas a una actividad económica que genere el derecho a deducir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94 de la LIVA, esto es, que su destino previsible resulte ser una actividad económica⁵⁵, y los artículos 111 y siguientes.

A la vista de lo expuesto, surge la cuestión del cambio de afectación del bien de circulante a inversión durante el periodo anterior a la realización de las operaciones sujetas al impuesto, esto es, se produce un cambio en el destino previsible inicial. El problema fue examinado por el TJUE en la Sentencia de 17 de septiembre de 2020 (asunto C-791/18 –NFJ078729–), *Schiting Schoonzicht*⁵⁶, considerando que la utilización que se haga de los bienes determina la cuantía de la deducción inicial, así como el alcance de las regularizaciones que realizar en periodos posteriores. Esta obligación de regularización de las cuotas soportadas surge cuando la deducción inicialmente practicada es superior o inferior a la que el sujeto pasivo

⁵⁴ Artículo 5.dos, párrafo tercero, de la LIVA.

⁵⁵ Debe interpretarse que el artículo 99.dos, cuando alude a que las deducciones deberán efectuarse en función del destino previsible de los bienes y servicios adquiridos, sin perjuicio de su rectificación posterior si aquel fuese alterado, hace referencia a su afectación a una actividad generadora del derecho a la deducción y no a una operación concreta enmarcada en una actividad sujeta al impuesto. Este destino previsible deberá justificarse por elementos objetivos en el momento en el que se soportan las cuotas, de forma que pueda ser objeto de una comprobación administrativa.

⁵⁶ Analiza el supuesto de un sujeto pasivo que encarga la construcción de un complejo inmobiliario de uso residencial, deduciendo el impuesto soportado en cuanto su intención era la de destinar los apartamentos a la venta, transmisiones sujetas y no exentas. Sin embargo, concluidas las obras, destina varios de estos apartamentos al arrendamiento como vivienda, operaciones sujetas y exentas del IVA.

hubiera tenido derecho a practicar⁵⁷, de forma que se efectuará cuando las modificaciones en los bienes de inversión se produzcan con posterioridad a la declaración del impuesto en el que se hayan deducido las cuotas iniciales y puede ser exigida por la Administración⁵⁸.

Por ello, cuando la deducción inicial se determina en función de la afectación de los bienes a operaciones gravadas, su afectación a una actividad posterior que no genere el derecho a deducir total o parcialmente supone la obligación del sujeto pasivo de ajustar las cuotas deducibles a esta modificación, y lo mismo ocurrirá en la situación inversa, en la que el sujeto pasivo no haya deducido cuota alguna y afecte los bienes con posterioridad, pero antes de iniciar las operaciones sujetas, a una actividad que genera el derecho a la deducción.

El problema que surge es concretar si la regularización de las deducciones inicialmente practicadas por el sujeto pasivo al adquirir o producir los bienes debe realizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1, letras c) o d); el artículo 107, referido a las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de la actividad, o el artículo 114, todos ellos de la LIVA, que recoge los supuestos de rectificación de las cuotas soportadas deducibles.

El TJUE, en la sentencia anterior, concluye que una normativa nacional que se basa en la fecha de inicio de la utilización de un bien de inversión como fecha de referencia para apreciar si la deducción del IVA inicialmente practicada corresponde a la que el sujeto pasivo tenía derecho a practicar sobre la base del uso efectivo de dicho bien, y que prevé que el sujeto pasivo es deudor, en esa fecha, del importe total de la parte del impuesto deducida en exceso si la deducción inicial era superior a la que tenía derecho a practicar, es conforme con el principio de neutralidad fiscal, en la medida en que dicho principio impone que las deducciones indebidas sean rectificadas en cualquier caso; si bien la normativa nacional no se opone a la regularización fraccionada de las modificaciones que se produzcan con posterioridad a la primera utilización de ese bien⁵⁹.

Estas conclusiones son recogidas por la DGT, que, en diversas consultas⁶⁰, ha aplicado la doctrina anterior estimando que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, el cambio de destino previsible con anterioridad al inicio de la actividad da lugar a aplicar alguno de los criterios siguientes en función del momento en el que tiene lugar la modificación de la afectación del bien de inversión:

⁵⁷ En el mismo sentido, Sentencia de 11 de abril de 2018 (asunto C-532/16 –NFIJ070009–), SEB bankas, apartado 32.

⁵⁸ Apartados 35 y 36 de la sentencia citada y, en el mismo sentido, Sentencia de 18 de octubre de 2012 (asunto C-234/11 –NFIJ048738–), TEST Haskovo, apartados 26 y 32.

⁵⁹ Apartado 50, tal como prevé el artículo 187 de la directiva del IVA.

⁶⁰ Entre otras, Consultas V0210/2019, de 31 de enero (NFIJ071312); V2503/2021, de 6 de octubre (NFIJ081151), y V2780/2021, de 11 de noviembre (NFIJ081385).

- Si el bien de inversión se está ya utilizando cuando se produce el cambio del destino previsible, la regularización de las deducciones se realizará de forma escalonada en el tiempo a través de la regularización de bienes de inversión, conforme a los artículos 107 y siguientes.
- Si el cambio de destino previsible se produce con anterioridad a la entrada en funcionamiento del bien de inversión, como sucede en el supuesto en el que no se ha iniciado todavía la actividad por el sujeto pasivo, la regularización se deberá realizar de una vez antes del inicio del periodo de regularización de bienes de inversión, y en el momento en el que se tenga constancia de dicha circunstancia de cambio de destino previsible del bien.

La DGT abre paso así a la posibilidad de que se produzca alguno de los supuestos de autoconsumos previstos en las letras c) y d) del artículo 9.1, incluyendo, por tanto, los relativos a autoconsumos sobrevenidos, si bien esta posibilidad debería ser residual.

En cualquier caso, para la DGT, se podrán dar dos grupos de situaciones generadoras de la obligación de regularizar las cuotas soportadas deducidas:

- El cambio de destino previsible da lugar a un autoconsumo de bienes de los previstos en el artículo 9.1, letras c) o d), en cuyo caso, el ajuste de deducciones se realizará en el ámbito del autoconsumo de bienes en función de las condiciones que se den para aplicar uno u otro supuesto.
- El cambio de destino previsible en un bien de inversión no supone la realización de un autoconsumo. En este caso, debe aplicarse la doctrina del TJUE diferenciando que el cambio de destino previsible se realiza con anterioridad al inicio del periodo de regularización, en cuyo caso, el ajuste en la deducción se realizará de una sola vez conforme a lo dispuesto en los artículos 99.dos y 114, o que el bien ya hubiese entrado en funcionamiento cuando tiene lugar el cambio de afectación, en cuyo caso, se efectuará de forma escalonada conforme al artículo 107 de la LIVA. En el primer caso, al ser anterior al inicio del uso o entrada en funcionamiento del bien, llevará consigo la obligación de rectificar las deducciones practicadas de acuerdo con el artículo 114 en la autoliquidación en la que se produzca el cambio de destino previsible, de forma que, si no se declara en este periodo, determinará la presentación de una autoliquidación complementaria o de una solicitud de rectificación de autoliquidación en función del resultado a ingresar o a devolver o compensar, conforme al artículo 122 de la Ley general tributaria.

Referencias bibliográficas

- Bas Soria, J. (2024). *El IVA en las operaciones internacionales: mercancías y servicios* (4.^a ed.). CEF.
- Blanquer Uberos, R. (1986). Notas para la aplicación del IVA a operaciones inmobiliarias y financieras y a operaciones societarias y autoconsumo. *Hacienda Pública Española*, 99, 91-123.
- Blázquez Lidoy, A. (2001). STJCE 17.05.2001, Fischer, asuntos acumulados C-322/99 y C-323/99: Tributación del autoconsumo por entregas de bienes. *Crónica Tributaria*, 101, 228-230.
- Blázquez Lidoy, A. (2023). El tipo cero y la base cero en el IVA por las donaciones de bienes a entidades de la Ley 49/2002. La modificación de la LIVA por la Ley de economía circular. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 483, 5-68. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.18681>
- Galapero Flores, R. M. (2002). Derecho de deducción de las cuotas de IVA soportado por trabajos realizados sobre bienes de inversión que son traspasados al patrimonio privado del empresario. Sentencia comentada: STJCE de 17 de mayo de 2001. *Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, 11.
- Gil Maciá, L. (2011). Sujeción y base imponible de los autoconsumos en el IVA: el cambio de afectación de viviendas rehabilitadas. *Nueva Tributación*, 2, 57-79.
- Gil Maciá, L. y Sánchez Sánchez, A. (2011). Régimen fiscal en el IVA de la autopromoción de viviendas destinadas al alquiler: implicaciones prácticas de los autoconsumos internos. *Quincena Fiscal*, 7, 39-56.
- Gómez Aragón, D. (2016). Apartamento que venía siendo arrendado con exención del IVA y que pasa a serlo sin exención. Incidencia en el derecho a la deducción del IVA soportado por la adquisición del apartamento y que no fue inicialmente deducido en ninguna medida ni cuantía. Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 2 de diciembre de 2015 (V-3811/15). *Carta Tributaria*, 13, 87-95.
- Longás Lafuente, A. (2019). Las restricciones del derecho a la deducción del artículo 96.uno de la LIVA y su ajuste a la Directiva 2006/112/CE: la cláusula standstill. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 430, 5-42. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2019.3807>
- Longás Lafuente, A. (2022a). Análisis práctico de la regularización de bienes de inversión en el IVA. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 475, 1-63 [digital]. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/7639>
- Longás Lafuente, A. (2022b). Cuestiones conflictivas en la deducibilidad de las cuotas soportadas en el impuesto sobre el valor añadido. *Revista Técnica Tributaria*, 39, 147-174.
- Longás Lafuente, A. (2023). Novedades en el impuesto sobre el valor añadido para 2023. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 480, 5-102. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.18559>
- Monseny Trabado, L. y Verdún Fraile, E. (2008). Operaciones realizadas a título gratuito. Autoconsumo de bienes y servicios. En J. M. Bunes Ibarra (dir.), *Manual del IVA* (pp. 223-257). Instituto de Estudios Fiscales.
- Rodríguez Pastrana, L. M. (1996). *Curso práctico del impuesto sobre el valor añadido: comentarios y concordancias a la normativa vigente*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Ruiz de Velasco Punin, C. (2012). *La tributación del autoconsumo en el impuesto sobre el valor añadido*. Marcial Pons.



Sánchez Gallardo, F. J. (2011). *IVA para expertos, 2012*. Francis Lefebvre.

Sánchez Gallardo, F. J. (2001a). Los supuestos de autoconsumo en el impuesto sobre el valor añadido (1.^a parte). *Fiscal Mes a Mes*, 64, 21-36.

Sánchez Gallardo, F. J. (2001b). Los supuestos de autoconsumo en el impuesto sobre el valor añadido (2.^a parte). *Fiscal Mes a Mes*, 65-66, 23-43.

Antonio Longás Lafuente. Técnico de administración general. Interventor del Estado. Inspector de Hacienda del Estado. Autor de diversas publicaciones en materia de derecho administrativo, derecho presupuestario y derecho tributario. Ha participado como ponente en cursos, ponencias, seminarios y másteres impartidos por diversos centros oficiales (universidades y administraciones), así como en asociaciones y centro privados especializados en las materias anteriormente indicadas. <https://orcid.org/0000-0002-9582-1404>



Anexo

Autoconsumos			
Externo (art. 9.1, letras a) y b)	Transferencia de bienes corporales del patrimonio empresarial o profesional.	Al patrimonio personal del sujeto pasivo.	
		Al consumo particular del sujeto pasivo.	
	Transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales del patrimonio empresarial o profesional a terceras personas.		
De bienes	Por cambio de afectación de bienes corporales de un sector diferenciado a otro de la actividad empresarial o profesional (art. 9.1 c) de la LIVA).		
		Supuesto.	Afectación o cambio de afectación de bienes producidos, contruidos, transformados, adquiridos o importados en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional del sujeto pasivo para su utilización como bienes de inversión.
		No sujeción.	Si se atribuye el derecho a la deducción íntegra de las cuotas que hubiere soportado en el caso de adquirir a terceros bienes de idéntica naturaleza.
	Dentro de un mismo sector diferenciado (art. 9.1 d) de la LIVA)	Autoconsumo sobrevenido: se considera que no se entiende atribuido el derecho a deducir íntegramente las cuotas que hubiese soportado al adquirir los bienes de idéntica naturaleza cuando, con posterioridad a su puesta en funcionamiento y durante el período de regularización de deducciones, los bienes afectados se destinen a alguna de las siguientes finalidades.	Las que, en virtud de los artículos 95 y 96 de la LIVA, limiten o excluyan el derecho a deducir (letra a').
			La utilización en operaciones que no originen el derecho a la deducción (letra b').
			La utilización exclusiva en operaciones que originen el derecho a la deducción, siendo aplicable la regla de prorrata general (letra c').
			La realización de una entrega exenta del IVA que no origine el derecho a deducir (letra d').

1.º Transferencias de bienes y derechos, no comprendidas en el artículo 9.1, del patrimonio empresarial o profesional al patrimonio personal del sujeto pasivo.





Autoconsumos	
De servicios (cont.)	Externo (art. 12) (cont.)
	2.º La aplicación total o parcial al uso particular del sujeto pasivo o, en general, a fines ajenos a su actividad empresarial o profesional de los bienes integrantes de su patrimonio empresarial o profesional. 3.º Demás prestaciones de servicios efectuadas a título gratuito por el sujeto pasivo no mencionadas en los dos puntos anteriores, siempre que se realicen para fines ajenos a los de la actividad empresarial o profesional.
No sujetos	Entregas gratuitas de muestras de mercancías sin valor comercial estimable, con fines de promoción de las actividades empresariales o profesionales (art. 7.2.º).
	Entregas sin contraprestación de impresos u objetos de carácter publicitario (art. 7.4.º).
	Operaciones del artículo 9.1, siempre que no se hubiese atribuido al sujeto pasivo el derecho a efectuar la deducción total o parcial del IVA efectivamente soportado con ocasión de la adquisición o importación de los bienes o de sus elementos componentes que sean objeto de dichas operaciones (art. 7.7.º).
	Prestaciones de servicios de demostración a título gratuito efectuadas para la promoción de las actividades empresariales o profesionales (art. 7.3.º).
	Prestaciones de servicios a título gratuito del artículo 12.3.º, que sean obligatorias para el sujeto pasivo en virtud de normas jurídicas o convenios colectivos, incluso los servicios telegráficos y telefónicos prestados en régimen de franquicia (art. 7.10.º).
Transferencias intracomunitarias	De servicios
	Operaciones del artículo 12.1.º y 2.º, siempre que no se hubiese atribuido al sujeto pasivo el derecho a efectuar la deducción total o parcial del IVA efectivamente soportado con ocasión de la adquisición o importación de los bienes o de sus elementos componentes que sean objeto de dichas operaciones (art. 7.7.º).
Transferencias intracomunitarias	Supuestos incluidos
	Operaciones del artículo 12.3.º cuando el sujeto pasivo se limite a prestar el mismo servicio recibido de terceros y no se le hubiera atribuido el derecho a deducir total o parcialmente el IVA efectivamente soportado en la recepción del servicio.
Transferencias intracomunitarias	Supuestos excluidos
	Transferencia por un sujeto pasivo de un bien corporal de su empresa con destino a otro Estado miembro para afectarlo a las necesidades de aquella en este último (art. 9.3, primer párrafo).
Transferencias intracomunitarias	Supuestos incluidos
	Transferencias realizadas en el marco de un acuerdo de ventas de bienes en consignación en los términos del artículo 9 bis.
Transferencias intracomunitarias	Supuestos excluidos
	Supuestos previstos en las letras a) a h) del artículo 9.3.



La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2024, de 18 de enero, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado) (España)

Extracto

La presente colaboración comenta, con la ayuda de un conjunto de ejemplos, los efectos que, respecto del impuesto sobre sociedades, ha producido la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2024, en cuya virtud se declaran inconstitucionales determinadas normas introducidas en la Ley 27/2014 por el Real Decreto-Ley 3/2016, así como aquellos que podrán derivarse de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en orden a rehabilitar tales normas.

Palabras clave: decreto-ley; base imponible; cuota líquida; deber de contribuir; capacidad económica; reversión.

Recibido: 16-05-2024 / Aceptado: 11-06-2024 / Publicado (en avance online): 17-06-2024

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2024). La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2024, de 18 de enero, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 47-90. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22327>



Constitutional Court Ruling 11/2024 of January 18 and Royal Decree-Law 3/2016 of December 2

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

This article comments, with the help of a set of examples, on the effects that the Constitutional Court's ruling of January 18, 2024, has with respect to Corporate Income Tax, by virtue of which certain Corporate Income Tax provisions introduced by Royal Decree-Law 3/2016, were declared unconstitutional, as well as those that may derive from an amendment submitted by the Socialist Parliamentary Group, in order to reinstate such rules.

Keywords: decree-law; taxable base; net tax liability; duty to contribute; economic capacity; reversion.

Received: 16-05-2024 / Accepted: 11-06-2024 / Published (online preview): 17-06-2024

Citation: Sanz Gadea, E. (2024). La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2024, de 18 de enero, y el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 47-90. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22327>

Sumario

1. Antecedentes
2. Doctrina del tribunal
3. El impuesto sobre sociedades en el marco del debate constitucional
 - 3.1. El campo del enjuiciamiento constitucional
 - 3.2. La doctrina constitucional relativa al decreto-ley en materia tributaria
 - 3.3. La extraordinaria y urgente necesidad
 - 3.4. La afectación al deber de contribuir
 - 3.4.1. Limitación a la compensación de bases imponibles negativas
 - 3.4.2. Deterioros y reversión apodíctica
 - 3.4.3. Limitación a la deducción de impuestos extranjeros
 - 3.4.4. Las grandes empresas
 - 3.5. Limitación de efectos de la sentencia
 - 3.6. Las materias no abordadas
 - 3.6.1. Rentas negativas en la transmisión
 - 3.6.2. La retroactividad de la reversión apodíctica
 - 3.6.2.1. Retroactividad y seguridad jurídica
 - 3.6.2.2. Retroactividad e igualdad
 - 3.7. La respuesta en sede parlamentaria
 - 3.7.1. La compensación de bases imponibles negativas y la deducción de impuestos extranjeros
 - 3.7.1.1. La compensación de bases imponibles negativas
 - 3.7.1.2. Los impuestos extranjeros
 - 3.7.2. La reversión de deterioros
 - 3.8. Capacidad económica, igualdad, retroactividad, seguridad jurídica: ¿cuadratura del círculo?

Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador: A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso.

El autor agradece a Silvia López Ribas sus valiosos comentarios.

Que recaudar impuestos por y para el uso de la Corona bajo pretensión de prerrogativas, sin autorización del Parlamento, por un tiempo más largo o de una manera distinta de aquella en que la misma sea otorgada, es ilegal.

(The Bill of Rights, 1689)

Todos los Ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.

(Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 14, 1789)

No puede el Rey imponer por sí, directa ni indirectamente, contribuciones, ni hacer pedidos bajo cualquier nombre o para cualquier objeto que sea, sino que siempre los han de decretar las Cortes.

(Constitución de Cádiz, art. 172.octava, 1812)

1. Antecedentes

La sentencia del Tribunal Constitucional 11/2024, de 18 de enero (cuestión de inconstitucionalidad 2577-2023, BOE de 20 de febrero –NCJ067076–), resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Nacional (AN) a raíz del recurso, ejercitado por una entidad, contra la Orden Ministerial HFP/399/2017, relativa a los modelos de declaración por el impuesto sobre sociedades, en cuanto reflejaban algunas de las modificaciones introducidas en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, por el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.

La sentencia declaró inconstitucionales la disposición adicional decimoquinta y el apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014 en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2016, quedando, consiguientemente, afectadas de inconstitucionalidad las normas relativas a las siguientes materias:

- Limitación a la compensación de bases imponibles negativas y materias conexas, respecto de las entidades consideradas como «grandes empresas».
- Limitación a las deducciones para evitar la doble imposición internacional, también respecto de las entidades consideradas como «grandes empresas».
- Reversión automática, por quintas partes, del deterioro computado en periodos impositivos precedentes respecto de todo tipo de entidades.

La sentencia no abordó otras modificaciones de la Ley 27/2014 establecidas en el Real Decreto-Ley 3/2016 por no haber quedado comprendidas en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la AN.

2. Doctrina del tribunal

La sentencia comienza por recordar la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) respecto de la regulación de la materia tributaria mediante decreto-ley para, seguidamente, proyectarla sobre el Real Decreto-Ley 3/2016. Esa doctrina, contenida en numerosas sentencias, admite la regulación de la materia tributaria mediante decreto-ley «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», siempre que «no altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario».

La sentencia se centró en el segundo requisito, a cuyo efecto, examinó la significación del impuesto sobre sociedades en el sistema tributario, la importancia de las modificaciones introducidas en el mismo y su repercusión recaudatoria.

La sentencia caracteriza el impuesto sobre sociedades indicando que constituye un «pilar básico de la imposición directa en España» (preámbulo de la Ley 27/2014, apdo. I, párrafo primero) y una «pieza básica del sistema tributario» (SSTC 73/2017, FJ 3 a), y 78/2020, FJ 4 a).

La sentencia observa que las normas del decreto-ley afectan a dos elementos estructurales del impuesto sobre sociedades, esto es, la base imponible y la cuota líquida, «pues con ellos se mide la capacidad económica gravada por esta figura (base imponible) y se concreta la cuantía de la obligación tributaria principal (cuota líquida)». Y lo hacen provocando un importante aumento recaudatorio, como así se desprendía de los documentos que acompañaron la tramitación del decreto-ley, posteriormente ratificado por los informes de recaudación de la Agencia Tributaria.

Ese aumento recaudatorio tenía carácter temporal. No obstante, en línea con lo establecido en la Sentencia del TC 78/2020, de 1 de julio (NCJ064920), la sentencia observó que «el que en algunos casos las medidas aprobadas tengan únicamente el efecto de anticipar la carga tributaria de ejercicios futuros no excluye que afecten el deber de contribuir».

En suma, la sentencia concluyó que:

con la aprobación mediante decreto-ley de los preceptos cuestionados se ha afectado a la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del artículo 31.1 de la Constitución española [CE], vulnerando lo dispuesto en el artículo 86.1 de la CE, por lo que se declaran inconstitucionales y nulos.

Un aspecto accesorio, pero no por ello de importancia menor, fue la limitación de efectos de la sentencia en relación con las obligaciones tributarias devengadas. Así, de acuerdo con el FJ 4, no serán susceptibles de revisión:

- Los actos de liquidación respecto de los que haya recaído sentencia con fuerza de cosa juzgada.
- Los actos de liquidación respecto de los que haya recaído resolución administrativa firme.
- Los actos de liquidación que no hubieren sido impugnados a la fecha de dictarse la sentencia.
- Las autoliquidaciones cuya rectificación no hubiere sido solicitada a dicha fecha.

Las tres últimas limitaciones fueron rechazadas por el voto particular. En efecto, partiendo de la literalidad del artículo 39.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, observó que la regla general es la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos afectados, de manera tal que los mismos no podrán surtir efecto alguno respecto de cualquier situación jurídica, con la única excepción prevista en el artículo 40.1 de la referida ley, concerniente a las derivadas de «procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada».

Ciertamente, en orden a proteger valores constitucionales, tal como la seguridad jurídica, determinadas sentencias del TC habían venido estableciendo limitaciones adicionales similares a la contenida en la sentencia objeto del voto particular, pero en el mismo se subraya que con ello se hace de peor condición al contribuyente que confía en la corrección de la norma respecto de aquel otro que duda de la misma y la impugna.

3. El impuesto sobre sociedades en el marco del debate constitucional

Sabido es que el Real Decreto-Ley 3/2016 y el Real Decreto-Ley 2/2016 (el segundo, relativo al régimen de los pagos fraccionados y afectado por la Sentencia, anteriormente citada, del TC 78/2020) suscitaron un amplio debate que desbordó la idoneidad del decreto-ley para modificar la Ley 27/2014¹. En efecto, además de la referida idoneidad, se

¹ Para la elaboración de esta colaboración el autor ha consultado las opiniones expuestas y, en su caso, los documentos aportados por Cristino Fayos, Ignacio Moreno, Violeta Ruiz Almendral, Daniel Gómez-Olano,

pusieron sobre la mesa preocupaciones concernientes a la retroactividad en conexión con la seguridad jurídica y, lo que es igualmente relevante, relativas a la capacidad económica, si bien estas últimas estaban estrechamente ligadas con el deber de contribuir, al que, como se ha expuesto, el decreto-ley no debe afectar.

3.1. El campo del enjuiciamiento constitucional

El artículo 3 del Real Decreto-Ley 3/2016 llevó a cabo una modificación relevante de la Ley 27/2014 que fue mucho más allá de las materias respecto de las que se ha pronunciado la sentencia. He aquí el elenco de las afectadas:

- Límites a la compensación de bases imponibles negativas, a la deducción por deterioro de créditos y a las provisiones por fondos de pensiones y retribuciones a largo plazo del personal (nueva disp. adic. decimoquinta.1).
- Límites a la deducción de impuestos extranjeros (nueva disp. adic. decimoquinta.2).
- Reversión del deterioro de instrumentos de patrimonio (nuevo apdo. 3 de la disp. trans. decimosexta).
- Límite en la compensación de bases imponibles negativas y activos por impuesto diferido para el año 2016 (nueva redacción de la disp. trans. trigésima sexta).
- Rentas negativas en la transmisión de participaciones intragrupo (modificación del apdo. 10 del art. 11 y derogación del apdo. 11).
- Deterioro (modificación del art. 13.2 y adición de las letras k) y l) en el art. 15).
- Valoración por el valor razonable (modificación del art. 17.1).
- Pérdidas en la transmisión de instrumentos de patrimonio calificados (nueva redacción del art. 21).
- Pérdidas en la transmisión de establecimientos permanentes (nueva redacción del art. 22).
- Deducción de impuestos extranjeros (modificación de los apdos. 1 y 4 del art. 31 y derogación del apdo. 5, y derogación de los apdos. 6 y 7 del art. 32).
- Evitación de la doble imposición en procesos de fusión y asimilados (modificación del art. 88).

Jesús Rodríguez Márquez e Ignacio Ucelay Sanz en sesiones de estudio organizadas por la AEDAF y por la Fundación para la Promoción para los Estudios Financieros, con ocasión de la publicación del Real Decreto-Ley 3/2016.

La totalidad de las modificaciones de la Ley 27/2014 establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 afectaron a la base imponible o a la cuota líquida. Consecuentemente, hubieran podido sufrir, todas ellas, el reproche de inconstitucionalidad bajo el criterio aplicado por la sentencia respecto de las materias que fueron abordadas, esto es, las tres primeras referenciadas. Sin embargo, la sentencia no entró en ellas, por cuanto la AN concretó en esas tres la cuestión de inconstitucionalidad.

No apreció el TC que las normas no enjuiciadas, algunas de ellas singularmente relevantes, estuviesen en relación de conexión o consecuencia con las enjuiciadas, de manera tal que no halló pie para aplicar lo previsto en el artículo 39.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, y añadió que «sobre la solicitud de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3.siete del real decreto-ley» (en lo concerniente al no cómputo de las minusvalías, según la nueva redacción del art. 21.6 de la Ley 27/2014) «"por conexión o consecuencia", debemos recordar, conforme a nuestra consolidada doctrina, que esta es una prerrogativa del Tribunal que no puede ser objeto de pretensión de parte (por todas, STC 109/2021, de 13 de mayo, FJ 2)».

Por otra parte, la entidad recurrente en el proceso *ad quo* pretendió que el enjuiciamiento no se limitase a valorar la idoneidad del Real Decreto-Ley 3/2016 para regular la materia tributaria en el sentido del artículo 86 de la CE, sino que se extendiera respecto de la adecuación de las normas introducidas en la Ley 27/2014 a los artículos 9.3 (seguridad jurídica e irretroactividad), 14 (igualdad ante la ley), 31.1 (capacidad económica) y 96 (tratados internacionales), todos ellos de la CE.

Sin embargo, la sentencia observó que, «una vez declarada la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos cuestionados por infracción del límite material del art. 86.1 CE, no procede entrar a conocer de otras posibles lesiones (STC 78/2020, FJ 6)».

Se sigue de lo expuesto que la sentencia ha reconducido el enjuiciamiento, tanto respecto del elenco de las normas enjuiciadas como de las normas constitucionales aplicables, al ámbito más reducido posible.

3.2. La doctrina constitucional relativa al decreto-ley en materia tributaria

La materia tributaria está sujeta al denominado «principio de autoimposición», en cuya virtud, los tributos deben ser establecidos por los representantes de la ciudadanía, esto es, los parlamentos. Nacieron las Cortes de los distintos reinos medievales para hacer posible que afluyeran al Tesoro los recursos que sus necesidades demandaban, sin entrar en conflicto con las doctrinas del carácter voluntario de la imposición (Sainz de Bujanda, 1975, p. 232).

Los artículos 31 y 133 de la CE consagran la reserva de ley en materia tributaria. Ahora bien, el TC ha venido entendiendo que dicho principio no cierra la puerta a las disposiciones

legislativas provisionales emanadas del Gobierno, bajo la forma de decreto-ley, con tal de que se cumplan los dos requisitos mencionados en el artículo 86 de la CE:

- Extraordinaria y urgente necesidad. Consecuentemente, debe haber, de una parte, una situación objetivamente determinante de la referida necesidad y, de otra, una adecuación precisa entre la norma aprobada y la referida situación², lo que, en definitiva, implica un juicio de proporcionalidad.
- No afectar al deber de contribuir. A tal efecto, deberá tomarse en consideración el tributo concernido, esto es, su relevancia en orden a la distribución de la carga tributaria de acuerdo con los principios constitucionales definitorios de la justicia tributaria, así como el elemento o elementos que han sido modificados o regulados *ex novo*, quedando vedada cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad, cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica, en el conjunto del sistema tributario³.

3.3. La extraordinaria y urgente necesidad

La sentencia no aborda esta materia.

La extraordinaria y urgente necesidad únicamente podría atisbarse en la necesidad de aumentar, perentoriamente, la recaudación para dar cumplimiento a la Decisión (UE) 2016/1222 del Consejo, de 12 de julio, en cuyo artículo 1 se declaraba que España no ha tomado medidas eficaces para seguir la Recomendación de 21 de junio de 2013 del Consejo. «España, pues, no había hecho honor a los compromisos presupuestarios contraídos frente a la Unión Europea». La conexión de las medidas adoptadas con esos compromisos descansaba en su carácter recaudatorio. En efecto, en la referida decisión se lee que España ha realizado ciertas tareas, principalmente en el área del gasto, pero que ha descuidado el área del ingreso, pues «en 2014 España introdujo una reforma del impuesto sobre la renta de las personas físicas y el impuesto sobre sociedades que, pese a tener aspectos positivos (por ejemplo, reduciendo la cuña fiscal), no estaba totalmente financiada».

² Sentencias del TC 182/1997, de 28 de octubre –NFJ005623– (Real Decreto-Ley 5/1992; déficit/convergencia UE); 189/2005, de 7 de julio –NFJ020336– (Real Decreto-Ley 7/1996; relanzar la economía/convergencia UE), y 243/2015, de 30 de noviembre –NCJ060665– (Real Decreto-Ley 20/2012; déficit/compromiso de estabilidad UE), entre otras, apreciando la extraordinaria urgencia y necesidad.

³ Sentencias del TC 182/1997, de 28 de octubre –NFJ005623– (Real Decreto-Ley 5/1992; modificación escala); 189/2005, de 7 de julio –NFJ020336– (Real Decreto-Ley 7/1996; ganancias patrimoniales); 73/2017, de 8 de junio –NCJ062508– (Real Decreto-Ley 12/2012; regularización extraordinaria de la situación de la situación tributaria), y 78/2020, de 1 de julio –NCJ064920– (Real Decreto-Ley 2/2016; pagos fraccionados), apreciando en todas ellas que había quedado afectado el deber de contribuir. En sentido contrario, Sentencia del TC 189/2005, de 7 de julio –NFJ020336– (Real Decreto-Ley 7/1996, gravamen del 3 % sobre el saldo de la reserva de revalorización).

Por tanto, el motivo de extraordinaria urgencia y necesidad era el cumplimiento de lo previsto en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), concerniente al déficit excesivo. Era un motivo análogo al contemplado, de manera afirmativa, en las Sentencias del TC 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623), y 189/2005, de 7 de julio (NFJ020336). Nótese que el motivo no era la superación de la crisis económica, el cual sería, ciertamente, excesivamente abstracto, sino el más preciso y directo consistente en el cumplimiento de un compromiso jurídico internacional. Poco importaba, a tal efecto, que el propio Gobierno hubiera podido conducir una política fiscal inapropiada determinante del incumplimiento, causante, en definitiva, de la situación por remediar; lo que importaba era la necesidad urgente de adoptar medidas recaudatorias de efecto inmediato que, ciertamente, podría ser alcanzado mediante las medidas relativas al impuesto sobre sociedades adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016.

En consecuencia, parecía concurrir el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad, por más que la sentencia no le haya prestado atención.

3.4. La afectación al deber de contribuir

La incidencia que las medidas establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 hayan podido tener sobre el deber de contribuir exige dar respuesta a tres preguntas: ¿Es el impuesto sobre sociedades uno de aquellos que afecta, de forma relevante o sustancial, al deber constitucional de todos de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas? ¿Han incidido las medidas adoptadas sobre elementos esenciales del impuesto sobre sociedades? ¿Han alterado tales medidas, de manera sensible, la posición de los contribuyentes afectados en el conjunto del sistema?

La sentencia da respuesta a las tres preguntas.

Por lo que se refiere a la primera, la respuesta positiva de la sentencia es inatacable. En el preámbulo de la Ley 27/2014 se dice que esta figura impositiva constituye:

un pilar básico de la imposición directa en España junto con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, encontrando ambas figuras su razón de ser en el artículo 31 de la Constitución, que exige la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente.

En lo que concierne a la segunda, la respuesta, igualmente positiva, de la sentencia descansa en la naturaleza de los elementos del tributo afectados:

Los elementos del tributo modificados son la base imponible (art. 10 LIS), en el caso de las restricciones a la compensación de bases imponibles negativas y de la

obligación de revertir los deterioros deducidos en ejercicios anteriores; y la cuota líquida (art. 30 LIS), en el caso del límite fijado a las deducciones por doble imposición.

En relación con la tercera, la sentencia destaca el importante efecto recaudatorio pretendido por las medidas. Tomando referencia de la información presupuestaria ofrecida por el Gobierno, advierte que los nuevos límites a la compensación de las bases imponible negativas y a la deducción de impuestos extranjeros procurarán una recaudación estimada en 2.200 millones de euros, en tanto que la reversión de los deterioros previamente computados lo harían en 2.000 millones de euros, cantidades sin duda relevantes, habida cuenta de que la recaudación presupuestada por el impuesto sobre sociedades ascendía, para 2017, a 24.399 millones de euros, de manera tal que «se colige que el aumento de la recaudación que se calculó obtener gracias a las normas discutidas fue de un 21 %».

La respuesta a la segunda pregunta adolece de una cierta parquedad. Desde luego, la base imponible y la cuota líquida son elementos básicos en la estructura del impuesto sobre sociedades, pero se echa en falta un análisis de la relación entre las medidas concretas establecidas por el Real Decreto-Ley 3/2016 y la capacidad económica gravada por el impuesto sobre sociedades. Sin embargo, este aspecto era importante por cuanto la mención que el artículo 86.1 de la CE hace a los deberes de los ciudadanos regulados en su título I remite, en materia tributaria, al artículo 31.1, el cual consagra el deber contribuir de aquellos «de acuerdo con su capacidad económica».

La citada Sentencia del TC 182/1997 destaca la relación entre el deber de contribuir y la capacidad económica indicando que existe el deber de pagar el impuesto de acuerdo con la capacidad económica en el modo, condiciones y cuantía establecidos por la ley, pero existe, correlativamente, un derecho a que esa contribución de solidaridad sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad.

En este sentido, la sentencia hubiera ganado en riqueza si también hubiese versado sobre la relación existente entre las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016 y el principio de capacidad económica.

La doctrina del TC sobre la capacidad económica puede resumirse en los siguientes puntos⁴:

- Del artículo 31.1 de la CE dimana el deber de contribución y el derecho de hacerlo a tenor de la capacidad económica.
- La capacidad económica se manifiesta en la renta o riqueza, real o potencial, pero existente, esto es, no meramente ficticia.

⁴ Sentencias del TC 37/1987, de 26 de marzo (NFJ000269); 186/1993, de 7 de junio (NFJ002924); 221/1992, de 11 de diciembre (NFJ002247); 26/2017, de 16 de febrero (NCJ062176), y 37/2017, de 1 de marzo (NFJ066091), entre otras.

- Consecuentemente, el hecho imponible de cualquier tributo, aunque tenga finalidad extrafiscal, debe contemplar un presupuesto que indique la existencia, real o potencial, de renta o riqueza.
- La capacidad económica se refiere a cada sujeto pasivo individualmente considerado.
- Solo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad de la realización del hecho imponible en aquellos tributos que, por su naturaleza y caracteres, resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.
- Si el tributo agota la renta o riqueza imponibles, es confiscatorio.

Es indisputable, como bien indica la sentencia, que el impuesto sobre sociedades es determinante en orden a concretar el deber de contribuir. En consecuencia, la carga tributaria por el referido tributo ha de variar en función de la magnitud de la base imponible, en cuanto elemento que concreta la intensidad de la realización del hecho imponible, esto es, la obtención de renta. Bajo ese prisma han de examinarse las medidas adoptadas por el Real Decreto-Ley 3/2016.

3.4.1. Limitación a la compensación de bases imponibles negativas

La relación de la limitación a la compensación de bases imponibles negativas con la capacidad económica depende del criterio que se mantenga respecto de la significación de dicho principio en el impuesto sobre sociedades.

Para quienes entiendan que la capacidad económica se manifiesta en la renta obtenida en cada ejercicio, la limitación a la compensación de las bases imponibles negativas sería un expediente puramente técnico, con un objetivo recaudatorio, pero irrelevante en relación con la implementación del principio de capacidad económica.

Para quienes entiendan que la capacidad económica se manifiesta en la renta obtenida a lo largo de la vida de la entidad, la limitación a la compensación de las bases imponibles negativas pone en riesgo que el impuesto recaiga, efectivamente, sobre tal magnitud.

Ejemplo 1

Evolución de resultados: 200 (2014), –80 (2015), 100 (2016), –60 (2017), 120 (2018); extinción (2019). Cifra de negocios 400 (cifras en millones de euros).

Periodo	BI previa	Compensación	BI posterior	BI sin limitación
2014	200	–	200	200
2015	–80	–	–80	–80
2016	100	25 (100/25 %)	75	20
2017	–60	–	–60	–60
2018	120	30 (120/25 %)	90	60

• Base imponible gravada (200 + 75 + 90)	365
• Base imponible acumulada (200 – 80 + 100 – 60 + 120)	280
• Exceso de imposición (365 – 280)	85
• Base imponible gravada sin limitación (200 + 20 + 60)	280
• Exceso de imposición sin limitación (280 – 280)	0

Puede apreciarse que la limitación a la compensación de bases imponibles negativas puede deparar una tributación en exceso. Ciertamente, este defecto puede presentarse, igualmente, en ausencia de la limitación, pero la misma lo agrava. Consecuentemente, la agravación de la limitación podría desmerecer la tributación anclada en la capacidad económica.

Autores notables, como Neumark (1973, p. 172), solo hallan capacidad económica en las personas físicas, de manera tal que la imposición sobre el beneficio de las entidades vendría a ser una suerte de antecedente de aquel que grava la renta de los socios o accionistas. En tal caso, el impuesto sobre sociedades no debería gravar los beneficios que, por imperativo de la legislación mercantil, no pudieran ser distribuidas a los socios o accionistas, por cuanto deban aplicarse al saneamiento de las pérdidas.

El artículo 273 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital impide la distribución de beneficios cuando el patrimonio neto sea inferior a la cifra del capital social, de manera tal que, «si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas».

Bien se comprende que el razonamiento precedente rechaza todo tipo de limitación a la compensación de bases imponibles negativas que implique la tributación de beneficios no distribuibles a los socios o accionistas por imperativo legal. En este sentido, un reforzamiento de la limitación a la compensación de bases imponibles negativas, como la acometida por el Real Decreto-Ley 3/2016, también pondría en riesgo el cumplimiento del principio de capacidad económica.

Ejemplo 2

Entidad cuyo capital es 100, pérdidas acumuladas de 32, beneficios de 60; base imponible negativa pendiente de compensación 35. Cifra de negocios 400 (cifras en millones de euros).

• Beneficio distribuible ($60 - 32$)	28
• Base imponible previa a la compensación de la BIN	60
• Base imponible después de la compensación ($60 - 60 \times 25\%$)	45
• Base imponible negativa pendiente de compensación ($35 - 15$)	20

Se notará que la base imponible excede del beneficio distribuible a los socios.

Los argumentos precedentes sugieren que el reproche de inconstitucionalidad también hubiera podido derivar de la forma en cómo deba entenderse que el impuesto sobre sociedades se relaciona con el principio de capacidad económica.

Bajo la consideración del impuesto sobre sociedades a modo de antecedente del impuesto sobre la renta de las personas físicas, toda limitación a la compensación de bases imponibles negativas que implique el gravamen de un beneficio no susceptible de distribución entraría en contradicción con el principio de capacidad económica.

Inversamente, si se considera que el impuesto sobre sociedades se justifica en la existencia de una capacidad económica en las entidades, totalmente independiente de la de sus socios o accionistas, la limitación a la compensación de bases imponibles negativas no sufriría el reproche de inconstitucionalidad.

En este sentido, no cabe desconocer que el preámbulo de la Ley 27/2014 advierte que la misma «incorpora una mayor identidad al Impuesto sobre Sociedades, que ha abandonado hace tiempo el papel de complemento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

La sentencia no ha entrado en la función y el significado de la compensación de bases imponibles negativas en relación con la capacidad económica. Le ha bastado que incida sobre la determinación de un elemento esencial del tributo, esto es, la base imponible, para concluir que afecta al deber de contribuir y, por ende, vedada al decreto-ley.

Sin embargo, no faltan precedentes indicativos de la relación entre la compensación de bases imponibles negativas y el principio de capacidad económica. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 30 de marzo de 2023 (rec. núm. 4754/2021 –NFJ093253–) se dice que:

debe tenerse en consideración que la compensación de bases imponibles es el medio que garantiza que el gravamen de la obtención de renta en el Impuesto

sobre Sociedades se produzca de forma correlativa a la capacidad económica de los contribuyentes pues, a estos efectos, constituye un elemento de cuantificación de la base imponible. De esta manera, se manifiesta la doble dimensión del mecanismo de la compensación de las BIN, pues, por un lado, se configura como un verdadero derecho del contribuyente y, por otro lado, sirve al principio constitucional de capacidad económica (art. 31 CE), como principio de ordenación del sistema tributario.

Las entidades que no estén afectadas por la limitación de efectos prevista en el FJ 4 de la sentencia podrán solicitar la rectificación de las liquidaciones correspondientes a efectos de que prevalezca el límite previsto en el artículo 26 de la Ley 27/2014. No así aquellas otras que sí lo estuvieren.

Como más adelante se expondrá, una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista pretende rehabilitar el mandato de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2014, según redacción original del Real Decreto-Ley 3/2016.

3.4.2. Deterioros y reversión apodíctica

La sentencia del TC declara inconstitucional el apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016, a cuyo tenor:

La reversión de las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que hayan resultado fiscalmente deducibles en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en períodos impositivos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013, se integrará, como mínimo, por partes iguales en la base imponible correspondiente a cada uno de los cinco primeros períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2016.

Esta regla, determinante de una reversión automática o apodíctica, sufre una cierta matización, por cuanto, en caso de transmisión de los valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades durante los referidos períodos impositivos, se integrarán en la base imponible del período impositivo en que aquella se produzca las cantidades pendientes de revertir, con el límite de la renta positiva derivada de esa transmisión.

La Ley 43/1995, del impuesto sobre sociedades, y su texto refundido (Real Decreto legislativo 4/2004) admitieron el cómputo del deterioro de los instrumentos de patrimonio hasta la modificación introducida por la Ley 16/2013, de 29 de octubre (adopta determinadas medidas tributarias y financieras). La Ley 27/2014 no lo admite. El mandato del precepto declarado inconstitucional era, bien se ve, integrar en la base imponible, por quintas partes, el importe de los deterioros anteriormente computados, aun cuando desde el punto de vista de la normativa contable no fuera pertinente.

Mediante la reversión apodíctica del deterioro de instrumentos de patrimonio se habrá podido gravar una renta rigurosamente inexistente, lo que implicaría el reproche de inconstitucionalidad, ya entrevisto por la doctrina, expuesta con anterioridad a la sentencia, fundamentado en la conculcación del principio de capacidad económica (Zornoza Pérez, 2019) o, todavía más, denunciando el establecimiento de un nuevo tributo (De Juan Casadevall, 2021a), que bien merecería ser denominado como «impuesto sobre las pérdidas» (De Juan Casadevall, 2021b).

No ha sido ese el argumento de la sentencia para declarar la inconstitucionalidad. Le ha bastado con que el referido precepto afectase a la base imponible.

Frente a los argumentos precedentes, se alzaba el consistente en el tratamiento igualitario de las pérdidas derivadas de la transmisión de instrumentos de patrimonio, sujetos al artículo 21 de la Ley 27/2014, realizadas tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2016, cualquiera que hubiere sido el ejercicio en el que se hubiere producido el deterioro. En efecto, a raíz de la nueva redacción de dicho precepto, dichas pérdidas no serían computables.

La declaración de inconstitucionalidad ha quebrado esa igualdad. Así, un deterioro computado en periodos impositivos anteriores a los afectados por la Ley 16/2013 (la cual rechazó el cómputo del deterioro de instrumentos de patrimonio), que persista en el momento de la transmisión del instrumento de patrimonio, habrá causado efecto en la determinación de la base imponible, en tanto que ese mismo deterioro, padecido en periodos impositivos posteriores, no lo habrá hecho.

Ejemplo 3

Entidad A adquiere una participación del 12 % en 2006, por importe de 100, sufriendo en 2011 un deterioro de 80, que persiste en 2022, año en el que transmite la participación. Entidad B adquiere una participación del 12 % en 2006, por importe de 100, sufriendo en 2014 un deterioro de 80, que persiste en 2022, año en el que transmite la participación. Entidad C se halla en la misma situación que A, pero está afectada por el FJ 4 de la sentencia.

Entidad	A	B	C
Base imponible deterioro	- 80 (2011)	0 (2014)	- 80 (2011)
Reversión apodíctica	+ 80 (2016-2020)	0	+ 80 (2016-2020)
Pérdida realizada no computable	- 80 (2022)	- 80 (2022)	- 80 (2022)
Base imponible neta antes sentencia	0	0	0



Entidad	A	B	C
◀ Anulación reversión apodíctica	-80	0	0
Base imponible neta después sentencia	-80	0	0

En el momento de dictarse la sentencia, la reversión apodíctica del deterioro se habrá llevado a efecto en las declaraciones correspondientes a los periodos impositivos de 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020. Las entidades que no estén afectadas por la limitación de efectos prevista en el FJ 4 de la sentencia podrán solicitar la rectificación de tales declaraciones en orden a eliminar la reversión apodíctica. No así aquellas otras que sí lo estén.

Por tanto, tras la sentencia, ante una misma pérdida, materializada en el momento de la transmisión de la participación, el impacto sobre la base imponible será diferente, dependiendo del ejercicio en el que se hubiere producido el deterioro y de la situación de la entidad frente al FJ 4 de la sentencia.

Si se admite que la pérdida se realiza con ocasión de la transmisión de la participación, de manera tal que el deterioro no sea sino una pérdida probable, pero no realizada, se puede apreciar que la sentencia provoca un trato desigual respecto a situaciones iguales.

Como se expondrá en el epígrafe 3.7 del presente estudio, una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista pretende rehabilitar el mandato del apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, según la redacción original del Real Decreto-Ley 3/2016.

3.4.3. Limitación a la deducción de impuestos extranjeros

La limitación afectaba a los impuestos extranjeros soportados directamente por la entidad residente perceptora de rentas extranjeras, generalmente mediante retención, en el sentido del artículo 31 de la Ley 27/2014, y a los soportados por la entidad extranjera participada sobre el beneficio del que procede el dividendo o participación en beneficios repartido a la entidad residente, en el sentido del artículo 32 de la Ley 27/2014 y, consecuentemente, a los impuestos extranjeros mencionados en el artículo 100.10 de la Ley 27/2014.

Esta limitación, al igual que la referida a la compensación de bases imponibles negativas, tiene carácter temporal, por cuanto las cantidades afectadas por la misma podrán deducirse en los periodos impositivos siguientes. Mas, para que ello sea así, es necesario que la entidad obtenga rentas en tales periodos impositivos y, además, que sean de una fuente diversa. En efecto, si la renta futura deriva de la misma fuente y sufre la misma imposición extranjera, el resultado práctico de la limitación es un aumento sostenido del tipo efectivo de gravamen.

Ejemplo 4

Inversión en entidad de crédito extranjera por parte de una entidad de crédito nacional, bajo la forma de una imposición a 10 años, que genera un interés anual de 1 millón de euros y padece una retención del 20 %. La entidad de crédito nacional no tiene otra fuente de rentas y al cabo de los 10 años se disuelve.

• Intereses brutos	1.000.000
• Retención extranjera (1.000.000/20 %)	200.000
• Intereses líquidos (1.000.000 – 200.000)	800.000
• Base imponible	1.000.000
• Cuota íntegra (1.000.000/25 %)	250.000
• Deducción impuesto extranjero (250.000/50 %)	125.000
• Cuota a pagar (250.000 – 125.000)	125.000
• Cantidad a deducir en periodos siguientes (200.000 – 125.000)	75.000
• Total impuestos pagados (200.000 + 125.000)	325.000
• Tipo efectivo de gravamen (325.000/1.000.000)	32,5 %

Pues bien, esta situación se repetirá en sucesivos periodos impositivos, de manera tal que la limitación ha resultado en un tipo de gravamen efectivo del 32,5 %, cuando el tipo de gravamen nominal es del 25 %.

Si la imposición se hubiera realizado en una entidad de crédito residente en territorio español, la carga tributaria hubiera sido diferente.

• Ingresos brutos	1.000.000
• Retención nacional (1.000.000/19 %)	190.000
• Intereses líquidos (1.000.000 – 190.000)	810.000
• Base imponible	1.000.000
• Cuota íntegra (1.000.000/25 %)	250.000
• Deducción retención nacional	190.000
• Cuota a pagar (250.000 – 190.000)	60.000
• Total impuestos pagados (190.000 + 60.000)	250.000
• Tipo efectivo de gravamen (250.000/1.000.000)	25 %

La imposición en una entidad de crédito extranjera recibe un tratamiento peor que la realizada en una nacional. Ese trato peor podría desalentar la realización de imposiciones en el extranjero, pudiendo derivarse de ello una restricción a la libertad de circulación de capitales en el sentido del artículo 63 del TFUE.

Una situación similar se presenta en relación con los dividendos de fuente extranjera.

Ejemplo 5

Aportación de capital a entidad residente en otro Estado miembro que otorga una participación del 25 % y rinde un dividendo anual procedente de un beneficio de 1 millón de euros. Tipo de gravamen del impuesto sobre el beneficio extranjero, 20 %. La entidad ha decidido aplicar el artículo 32 de la Ley 27/2014 para eliminar la doble imposición económica. La entidad no tiene otra fuente de rentas y al cabo de los 10 años se disuelve.

• Beneficio	1.000.000
• Impuesto extranjero (1.000.000/20 %)	200.000
• Dividendo (1.000.000 – 200.000)	800.000
• Base imponible (800.000 + 200.000)	1.000.000
• Cuota íntegra (1.000.000/25 %)	250.000
• Deducción impuesto extranjero (250.000/50 %)	125.000
• Cuota a pagar (250.000 – 125.000)	125.000
• Cantidad a deducir en periodos siguientes (200.000 – 125.000)	75.000
• Total impuestos pagados (200.000 + 125.000)	325.000
• Tipo efectivo de gravamen (325.000/1.000.000)	32,5 %

Pues bien, esta situación se repetirá en sucesivos periodos impositivos, de manera tal que la limitación ha resultado en un tipo de gravamen efectivo del 32,5 %, cuando el tipo de gravamen nominal es del 25 %.

Puesto que el artículo 32 de la Ley 27/2014 puede entenderse como transposición de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, matriz-filial, se intuye que la limitación a la deducción del impuesto subyacente podría suponer una infracción de su artículo 4.1 b), ya que el importe a deducir es el «abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel».

Sin embargo, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 22 de septiembre de 2021 (RG 7227/2019 –NFJ083581–) rechazó tal hipótesis, por cuanto

«la limitación en un porcentaje a la deducción introducida por el Real Decreto-Ley 3/2016 no impide la eliminación de la doble imposición estableciendo, únicamente, un diferimiento temporal en su aplicación».

No obstante, en ciertos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se indica que en la transposición de las directivas no deben establecerse requisitos no previstos en las mismas que agraven las condiciones de la aplicación de lo en ellas establecido⁵.

La entidad recurrente en el proceso *ad quo* solicitó que la cuestión de constitucionalidad abarcara el artículo 96 de la CE, pero la AN no entendió pertinente tal pretensión.

El artículo 96.1 de la CE establece que los tratados internacionales «forman parte del ordenamiento interno», de manera tal que sus «disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas del derecho internacional».

La mayor parte de los convenios bilaterales suscritos por España siguen lo previsto en el artículo 23 B) del modelo de convenio de la OCDE, el cual prevé, en orden a eliminar la doble imposición internacional, la deducción del impuesto extranjero con el límite del impuesto sobre la renta del perceptor, de manera tal que la limitación establecida en el Real Decreto-Ley 3/2016 tal vez debiera ceder ante el correspondiente convenio bilateral por aplicación del artículo 3 de la Ley 27/2014, a cuyo tenor, lo previsto en la misma «se entenderá sin perjuicio de los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno».

3.4.4. Las grandes empresas

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2014, declarada inconstitucional por la sentencia, llevaba por título «Límites aplicables a las grandes empresas en períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016». En efecto, lo previsto en la misma respecto de la limitación a la compensación de bases impositivas negativas y a la deducción de impuestos extranjeros se aplicaba exclusivamente a las entidades cuya cifra de negocios excedía de 20 millones de euros.

La discriminación entre los contribuyentes del impuesto sobre sociedades en atención a su cifra de negocios suscita inquietudes en relación con los principios de igualdad y capacidad económica.

El índice demostrativo de capacidad económica en el citado impuesto es la obtención de renta, no la cifra de negocios. Gravar más a las entidades que tengan más renta puede tener un cierto sentido desde una visión radical de la progresividad impositiva, pero no lo tiene

⁵ Sentencia de 12 de febrero de 2009 (asunto C-138/07 –NFJ031339–), Cobelfret; Auto de 4 de junio de 2009 (asuntos acumulados C-439/07 y C-499/07 –NFJ079352–), Bank KBC y Beleggen.

gravar más a las entidades que rebasen un determinado umbral de cifra de negocios, ya que no existe una relación de proporcionalidad entre la cifra de negocios y la renta. Si, además, ese mayor gravamen surge como consecuencia de actividades cuyas rentas respondan a un patrón cíclico o al origen extranjero de las mismas, la discriminación negativa respecto de las consideradas como grandes empresas no se compadece bien con el principio de igualdad.

En el mismo sentido, si se admite que la capacidad económica del impuesto sobre sociedades es vicaria de aquella del impuesto sobre la renta de las personas físicas, gravar más a las entidades con mayor cifra de negocio sintoniza deficientemente con el principio de capacidad económica. En efecto, una cifra de negocios elevada no guarda relación con la renta que los socios obtengan a través de la entidad.

La sentencia del TC no ha entrado en el análisis de esta discriminación negativa.

Como más adelante se expondrá, la enmienda anteriormente aludida insiste en la aplicación de las normas que pretende rehabilitar a las consideradas como «grandes empresas».

3.5. Limitación de efectos de la sentencia

Como ha quedado expuesto, el FJ 4 de la sentencia contiene un conjunto de limitaciones respecto de sus efectos.

La nota del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria (ANP 897-24) interpretando tal fundamento llega a la conclusión de que las normas inconstitucionales no se aplicarán respecto de las liquidaciones que deban practicarse como consecuencia de los procedimientos tributarios en curso en el momento de dictarse la sentencia ni tampoco respecto de las que deban practicarse como consecuencia de los procedimientos tributarios que se inicien con posterioridad a la misma.

Inversamente, la nota advierte que «cuestión distinta es la referida a aquellas liquidaciones o autoliquidaciones pendientes de recurso contencioso administrativo. En estos casos, los efectos de la sentencia del TC no pueden aplicarse si no se alegó aquella inconstitucionalidad». Indica la nota que «las razones son de carácter procesal: se trataría de una materia ajena al objeto del recurso y el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa impediría entrar en ella». Enlaza el criterio de la nota con la filosofía del artículo 32.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, el cual supedita la indemnización relativa a una lesión sufrida por causa de la aplicación administrativa de una norma posteriormente declarada inconstitucional a «que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada».

Las limitaciones establecidas en FJ 4 de la sentencia, tal y como han sido interpretadas por la nota del Servicio Jurídico, dibujan un complejo panorama de situaciones que puede ser esquematizado en el siguiente mapa secuencial:

- Autoliquidaciones cuya rectificación no hubiere sido solicitada en la fecha de la sentencia. Se trata de la limitación cuarta. Por tanto, prevalecerán las normas declaradas inconstitucionales.
- Autoliquidaciones cuya rectificación hubiere sido solicitada en la fecha de la sentencia. Se trata del caso inverso al previsto en la limitación cuarta. No prevalecerán las normas declaradas inconstitucionales. Deberá dictarse una liquidación, de acuerdo con las normas previas a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016, de la que podrá derivarse la devolución de cantidades ingresadas.
- Liquidaciones inherentes a procedimientos tributarios en curso a la fecha de la sentencia. No prevalecerán las normas inconstitucionales, de acuerdo con la nota del Servicio Jurídico. Estas liquidaciones deberán tomar en consideración las normas previas a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016.
- Liquidaciones inherentes a procedimientos tributarios iniciados posteriormente a la sentencia. No prevalecerán las normas inconstitucionales, de acuerdo con la nota del Servicio Jurídico. Estas liquidaciones deberán tomar en consideración las normas previas a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016.
- Liquidaciones en plazo para la interposición de recurso económico-administrativo a la fecha de la sentencia. Podrían estar comprendidas en la causa de limitación tercera, en cuanto no recurridas en la fecha de la sentencia. Consecuentemente, serían aplicables normas inconstitucionales respecto del acto de liquidación que deba dictarse como consecuencia de la pertinente resolución. Sin embargo, también podría mantenerse que estas liquidaciones no están comprendidas en la causa de limitación tercera, por cuanto, aun no estando recurridas en la fecha de la sentencia, son susceptibles de recurso. Sin embargo, esta interpretación casaría mal con la causa de limitación cuarta, ya que las autoliquidaciones no impugnadas en el momento de la sentencia podrían serlo en un momento posterior.
- Liquidaciones recurridas en vía económico-administrativa en la fecha de la sentencia. No están afectadas por ninguna causa de limitación. Por tanto, la liquidación que se dicte tomará en consideración las normas previas a las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2016. En el FD 8 de la Resolución del TEAC de 22 de febrero de 2024 (RG 5806/2023 –NFJ092152–) se lee que:

La entidad solicita, ante este TEAC, como alegación contra el acuerdo liquidatorio impugnado, que, a efectos de la liquidación del tributo (IS) y ejercicios a los que se refiere (2015 a 2018) no se le aplique el límite a la compensación de las bases imponibles negativas del 25 % establecido en la DA 15ª LIS según redacción dada por el artículo 3. Primero Uno del Real Decreto 3/2016, afectando a los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2016. Dado que el TC, en la referida sentencia, ha concluido que esa versión de la DA 15ª LIS es inconstitucional y, por tanto, nulo, cabe estimar la pretensión de la entidad y confirmar que, a la hora de liquidar el IS

de 2016 y siguientes no son de aplicación los límites a la compensación de Bases Imponibles Negativas (BIN's) generadas en ejercicios anteriores que se tuvieran disponibles allí establecidos. Es claro que la señalada STC obliga a atender esa pretensión. Entiende este TEAC que, al haber quedado sin validez y, por tanto sin efecto, los preceptos de la LIS (DA 15ª y Apartado 3 de la DT 16ª) que introdujo, en ella, el RDL 3/2016, y siendo también claro que, conforme a ellos, se debieron confeccionar las autoliquidaciones por los sujetos pasivos del IS –y, en su caso, se debían dictar las liquidaciones por la Administración Tributaria– la consecuencia no puede ser otra que atender a la pretensión del reclamante, debiéndose tener en cuenta las normas aplicables, que no son otras que las contenidas en la LIS antes de la entrada en vigor de lo que en ella introdujo el artículo 3. Primero Uno y Dos del RDL 3/2016, que es lo que se ha declarado nulo por el TC, disponiendo el artículo 61.3 del Real Decreto 1065/2007, de aplicación de los tributos, que: «los órganos de aplicación de los tributos podrán realizar las actuaciones que sean necesarias para la ejecución de las resoluciones administrativas o judiciales». Así pues, no estamos ante una orden de retroacción de las actuaciones, puesto que no ha existido, en la actuación administrativa impugnada, un vicio formal que haya disminuido las posibilidades de defensa del contribuyente. Lo que ha ocurrido es que la Inspección, en el momento de dictar la liquidación, se encontraba vinculada a la presunción de constitucionalidad de unas normas entonces vigentes, siendo ahora, tras el pronunciamiento del TC, cuando debe actuar en consecuencia, debiendo proceder, en uso de sus competencias, a calcular las cuotas del IS de los ejercicios referidos que, de acuerdo con lo anterior, resulten procedentes, no siendo de aplicación ni la DA 15ª de la LIS, ni el apartado 3 de la DT 16ª de esa misma norma, ambos introducidos por el RDL 3/2016 a través de sus preceptos declarados inconstitucionales.

El criterio precedente ha sido reiterado en la Resolución del TEAC de 22 de febrero de 2024 (RG 6490/2023 –NFJ092151–).

- Liquidaciones firmes, esto es, no susceptibles de recurso. Se trata de la limitación segunda. No podrán ser revisadas. Prevalecerán las normas inconstitucionales.
- Liquidaciones que deban dictarse en ejecución de una sentencia pronunciada antes de la sentencia del TC. Si no hubiere sido alegada causa de inconstitucionalidad, podrían prevalecer las normas inconstitucionales, de acuerdo con la nota. Por el contrario, las normas inconstitucionales no prevalecerían si hubiere sido alegada causa de inconstitucionalidad.
- Liquidaciones que deban dictarse en ejecución de una sentencia pronunciada después de la sentencia del TC. Se practicarán a tenor del contenido de la sentencia.

La sentencia del TS de 25 de abril de 2024 (rec. núm. 8251/2022 –NFJ093149–) ha fallado que:

Toda vez que en el presente caso la recurrente solicitó la rectificación de la autoliquidación del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2016 antes de dictarse la STC 11/2024, de 18 de enero de 2024, alegando desde el inicio que el apartado tercero de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, en la redacción dada por el artículo 3.1, apartado dos, del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, era inconstitucional, resulta evidente que estamos ante una situación susceptible de ser resuelta con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de la STC 11/2024, por lo que debemos atenernos a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del apartado tercero de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, en la redacción dada por el artículo 3.1, apartado dos, del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, resolviendo la procedencia de la rectificación de la autoliquidación solicitada con devolución de los ingresos indebidos, y ello como si el citado artículo 3.1, apartado dos, del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, declarado inconstitucional y nulo no hubiese nunca existido, lo que comporta necesariamente la estimación del recurso de casación.

- Liquidaciones dictadas en ejecución de una sentencia firme. La liquidación será inamovable. Se trata de la limitación primera. Por tanto, habrán podido prevalecer normas inconstitucionales.

Las entidades no afectadas por el FJ 4 de la sentencia serán, mayoritariamente, aunque no únicamente, aquellas que hubieren impugnado, bajo el argumento de la inconstitucionalidad, las correspondientes declaraciones-liquidaciones.

En orden a justificar la limitación de efectos, la sentencia apela a la seguridad jurídica, en el sentido del artículo 9.3 de la CE, con cita de antecedentes del mismo tenor⁶. Con ello, el TC ha venido desbordando el ámbito de la limitación de efectos de sus sentencias previsto en el artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, el cual se refiere, exclusivamente, a los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales.

No es difícil adivinar que, seguramente, también habrán pesado razones prácticas, de tipo recaudatorio o de pura gestión tributaria, que, si bien pueden ser atendibles, no por ello deben ocultar, en línea con el voto particular, que la limitación de efectos procura un trato notoriamente peor para las entidades que confiaron en lo correcto de la producción normativa gubernamental respecto de aquellas otras que no lo hicieron.

⁶ Sentencias del TC 78/2020, de 1 de julio (NCJ064920), y 182/2021, de 26 de octubre (NCJ065794), entre otras.

Con todo, el Plan de Control de la Agencia Tributaria advierte que:

La planificación del ejercicio 2024 y previsiblemente de futuros ejercicios va a verse afectada por la sentencia de 19 de enero de 2024 del Tribunal Constitucional dictada en relación con las modificaciones del Impuesto sobre Sociedades introducidas por el Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre.

No es infundado ese pronóstico.

3.6. Las materias no abordadas

La entidad recurrente interesó que se declarase inconstitucional la no integración en la base imponible de las rentas negativas puestas de manifiesto en las transmisiones de participaciones (nueva redacción del art. 21.6 de la Ley 27/2014 por el Real Decreto-Ley 3/2016), ampliando así el ámbito de las cuestiones planteadas por la AN, con fundamento en la conexión o consecuencia del artículo 39.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

El régimen del deterioro de los instrumentos de patrimonio y el de las pérdidas derivadas de su transmisión están relacionados. En efecto, sería posible rechazar el deterioro y admitir el cómputo de la renta negativa, pero sería incongruente rechazar el cómputo de la renta negativa y admitir el deterioro. Apurando esa relación, el TC hubiera podido entrar en la constitucionalidad del artículo 21.6 de la Ley 27/2014 en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2016, pero no lo hizo, limitándose a recordar que «esta es una prerrogativa del Tribunal que no puede ser objeto de pretensión de parte (por todas, STC 109/2021, de 13 de mayo, FJ 2)». Por otra parte, la cuestión de inconstitucionalidad no versaba sobre el deterioro, sino sobre su reversión apodíctica. En este sentido, la sentencia puntualizó que:

La no integración en la base imponible del impuesto sobre sociedades de las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación en una entidad, según dispone el art. 3.Siete del Real Decreto-ley 3/2016, es una medida independiente de las incluidas en el auto de planteamiento. Ciertamente, se refiere también al tratamiento de las pérdidas en el impuesto sobre sociedades, pero su contenido es diferente y desvinculado del que tienen las normas aquí enjuiciadas, por lo que no procede extender nuestro pronunciamiento a dicho precepto (por todas, STC 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 8).

También interesó la entidad recurrente que se declarase inconstitucional la reversión apodíctica del deterioro bajo el argumento de que implicaba una retroactividad adversa al principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la CE, pero, como ya se ha indicado, la sentencia observó que, «una vez declarada la inconstitucionalidad y nulidad de

los preceptos cuestionados por infracción del límite material del art. 86.1 CE, no procede entrar a conocer de otras posibles lesiones (STC 78/2020, FJ 6)».

Ahora bien, más allá de los tecnicismos delimitadores del ámbito del enjuiciamiento constitucional, un análisis pleno debería dar contestación a las siguientes cuestiones: ¿Es pertinente, desde la perspectiva de la tributación de la renta, en cuanto índice demostrativo de la capacidad económica, no computar la renta negativa derivada de la transmisión de la participación? ¿Implica la reversión apodíctica del deterioro un supuesto de retroactividad infractor de la seguridad jurídica?

3.6.1. Rentas negativas en la transmisión

Si se contempla el conjunto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades como una unidad, el no cómputo de las minusvalías derivadas de las transmisiones de instrumentos de patrimonio calificados puede ser visto como la contrapartida del no cómputo de las plusvalías, igualmente derivadas de dichas transmisiones.

En efecto, el no cómputo de plusvalías implica otorgar una ventaja que sobrepasa la función de evitar la doble imposición económica, en la medida del exceso de dichas plusvalías respecto de los beneficios acumulados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, ventaja que se neutraliza con el no cómputo de las pérdidas habidas en una ulterior transmisión de la participación. Si se computaran las pérdidas habría un déficit referido al conjunto de los contribuyentes.

Si se contempla la situación de cada contribuyente aisladamente, el no cómputo de la pérdida en la transmisión violenta la capacidad económica, por cuanto, de una parte, se gravará mayor renta que la efectivamente obtenida y, de otra, ese no cómputo no cumple la función de neutralizar una ventaja en sede de ese contribuyente.

Con todo, el cómputo de la pérdida con ocasión de la extinción de la sociedad permite restaurar la situación del contribuyente, individualmente considerado, frente a la capacidad económica, pero, al tiempo, rompe el equilibrio referido al conjunto de los contribuyentes. Además, la extinción de la entidad participada es un hecho excepcional y, en todo caso, que no debiera estar motivado por consideraciones fiscales.

Lo que acontece es que el método de exención para eliminar la doble imposición económica del artículo 21 de la Ley 27/2014 arroja imperfecciones insuperables, en cuanto está desligado, por lo que se refiere a las plusvalías, de la cifra de fondos propios de la entidad participada, cuyo acrecimiento, debido a la acumulación de rentas positivas, es lo que origina la imposición inicial, que justifica la posterior aplicación de un método para su eliminación, bajo la forma de exención.

Ejemplo 6

La entidad A constituye a la entidad B aportando 100; B obtiene beneficios por 40 y no distribuye, sin que en ejercicios posteriores registre resultados; A transmite la participación a C por 200; C transmite la participación a D por 160, tras de lo cual B se disuelve y liquida.

Entidad	Renta	Base imponible	Base teórica	Ventaja(+)/desventaja(-)
B	40	40	40	0
A	100 (200 – 100)	0 (exención)	60 (200 – 100 – 40)	+60
C	–40 (160 – 200)	0 (no computa)	–40	–40
D	–20 (140 – 160)	–20	–20	0
Saldo	80	20	40	20

La columna «Base imponible» refleja la legislación vigente; la columna «Base teórica» refleja un método teórico de eliminación de la doble imposición que toma en consideración los fondos propios de la entidad participada; se observa que este método es el que procura la tributación correcta. En efecto, la legislación vigente concede una ventaja injustificada a la entidad A ($60 = 100 - 40$), priva a la entidad C del cómputo de una pérdida efectiva ($-40 = 160 - 200$), admite la pérdida sufrida por D ($-20 = 140 - 160$) y grava correctamente la renta obtenida por B (40).

Desde la perspectiva de la capacidad económica, que es la que aquí interesa, podría argüirse que la exclusión de la base imponible de los dividendos, plusvalías y minusvalías de los instrumentos de patrimonio calificados implica residenciarla, exclusivamente, en sede de la entidad participada. Así, el dividendo, a pesar de acrecer la renta y la riqueza del socio, no se grava porque ya se gravó el resultado contable del que procede; la plusvalía, que igualmente implica un acrecentamiento de renta y riqueza, no se grava porque ya se gravaron o se gravarán los beneficios futuros de la entidad participada que la respaldan; y la minusvalía no se computa porque es reflejo de pérdidas actuales o futuras en sede de la entidad participada que se han compensado o se compensarán con beneficios futuros de tal entidad.

Ahora bien, residenciar la capacidad económica exclusivamente en sede de la entidad participada no parece correcto, por cuanto supone dejar al margen de su protección a los socios. Por tanto, la respuesta a la primera pregunta es clara: no es correcto no computar la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, como tampoco lo es eximir la renta positiva derivada de dicha transmisión, más allá de la acumulación de beneficios por parte de la entidad participada.

3.6.2. La retroactividad de la reversión apodíctica

Han de ser examinados los valores de seguridad jurídica e igualdad.

3.6.2.1. Retroactividad y seguridad jurídica

Las leyes fiscales pueden ser retroactivas, puesto que no les afecta la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la CE al no tratarse de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, pero siempre que de ello no se derive una vulneración de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica, y su corolario, la confianza legítima, proyectadas frente a los tributos periódicos, protegen a los ciudadanos que han ajustado su conducta a una normativa en vigor en el momento de iniciarse el periodo impositivo. Sin embargo, tal protección no es absoluta. En efecto, esa protección es mayor frente a situaciones nacidas y consumadas antes de la nueva norma (retroactividad auténtica) que frente a situaciones nacidas antes de la nueva norma, pero consumadas después de ella (retroactividad impropia)⁷. Con todo, la seguridad jurídica, en la forma expuesta, incluso podría ceder ante claras exigencias de interés general, en el bien entendido de que, a mayor grado de retroactividad, más intenso debe ser el interés general⁸, sin que, por otra parte, la defensa de los derechos adquiridos halle respaldo constitucional en materia tributaria⁹.

La reversión apodíctica del deterioro podría entenderse que implica una retroactividad auténtica bajo la consideración de que supone negar la calificación de gasto fiscalmente deducible a una partida que tuvo tal consideración en un periodo impositivo ya concluido antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2016, lo que vendría a violentar la seguridad jurídica protegida por el artículo 9.3 de la CE (De Juan Casadevall, 2020).

Sin embargo, también podría sostenerse que se está ante una retroactividad impropia, por cuanto el deterioro era un gasto fiscalmente deducible que encerraba una peculiaridad, a saber, que estaba llamado a integrarse en la base imponible de un periodo impositivo venidero cuando, eventualmente, desaparecieran las circunstancias determinantes del mismo. Se trataba, en tal sentido, de un gasto fiscalmente deducible sujeto a reversión. El Real Decreto-Ley 3/2016 habría modificado las circunstancias determinantes de la reversión incorporando, junto a la estrictamente técnica consistente en la recuperación de valor del instrumento de patrimonio concernido, otra, de carácter apodíctico, desprovista de fundamento técnico, consistente en la reversión por quintas partes.

⁷ Sentencias del TC 126/1987, de 16 de julio (NFJ000307), y 156/1987, de 14 de octubre (NCJ067320).

⁸ Sentencias del TC 182/1997, de 28 de octubre –NFJ005623– (interés general es controlar el déficit para cumplir con el programa de convergencia UE), y 121/2016, de 23 de junio –NCJ061443– (no es interés general frustrar negocios anómalos).

⁹ Sentencia del TC 27/1981, de 20 de julio (NFJ000001).

La reversión trae su causa del deterioro, pero se trata de un hecho distinto y que se produce en un periodo impositivo distinto, posterior en el tiempo. Por tanto, el Real Decreto-Ley 3/2016 estaría regulando un supuesto de hecho, a saber, la reversión, que se producirá con posterioridad a su entrada en vigor.

Los contribuyentes que practicaron el deterioro fiscalmente deducible bajo cualquiera de las modalidades del artículo 12.3 del Real Decreto legislativo 4/2004 conocían que tal partida habría de integrarse en la base imponible en un periodo impositivo posterior, sea porque desaparecieran las circunstancias determinantes del deterioro, fundamentalmente a causa de la generación de beneficios por la entidad participada, o porque, con ocasión de la transmisión de la participación, el deterioro practicado minoraría el sustraendo inherente al cálculo de la plusvalía o minusvalía. Bajo tal interpretación, el Real Decreto-Ley 3/2016 habría venido, simplemente, a modificar una expectativa, pero no a afectar a situaciones jurídicas consumadas, de manera tal que no se estaría ante una retroactividad auténtica, sino impropia.

3.6.2.2. Retroactividad e igualdad

El debate sobre la retroactividad y su relación con el principio de seguridad jurídica no puede desligarse del tratamiento que el artículo 21 de la Ley 27/2014 (según la redacción original y, también, según la posteriormente dada por el Real Decreto-Ley 3/2016) establece respecto de las rentas derivadas de la transmisión de la participación, en conexión con la disposición transitoria decimosexta.1 de la Ley 27/2014.

La versión original del artículo 21 de la Ley 27/2014 establecía la exención de las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, y la versión original de la disposición transitoria decimosexta.1 ordenaba la reversión del deterioro en el periodo «en el que el valor de los fondos propios al cierre del ejercicio exceda al del inicio, en proporción a su participación, debiendo tenerse en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él, con el límite de dicho exceso».

Este precepto concedía una ventaja injustificada en el supuesto de plusvalías derivadas de la transmisión de la participación, no amparadas por la obtención de beneficios por parte de la entidad participada, subsiguientes al deterioro. En efecto, no es ya solo que la plusvalía estaría exenta, sino que, además, el deterioro no revertiría.

Ejemplo 7

Entidad A constituye entidad B aportando 100 (2010). B obtiene beneficios y pérdidas: -60 (2012), 0 (2013), 0 (2014), 20 (2015), -15 (2016). Transmite la participación en 2017: 110. Cifra negocios 18 (millones de euros). La entidad A no está afectada por el FJ 4 de la sentencia.

- Deterioro: -60 (2012) (computable), -15 (2016) (no computable).
- Reversión: 20 (2015) (computable).
- Reversión apodíctica: (suprimida por inconstitucional).
- Plusvalía: 50 $[110 - (100 - 60 + 20)]$ (exenta).
- Saldo fiscal: -40 $(-60 + 20)$.
- Saldo contable: 10 $(110 - 100)$.

La entidad B no tributa por la renta obtenida en 2015, por razón de la compensación de bases imponibles negativas. La entidad A ha obtenido una renta positiva de 10, pero el importe de la base imponible acumulada ha sido de -40.

La redacción original de la Ley 27/2014 permitía ese efecto adverso a la capacidad económica, que, sin embargo, era superado por la reversión apodíctica, ya que la misma procuraba la integración en la base imponible de la totalidad del deterioro.

El defecto observado tiene su origen en que la disposición transitoria decimosexta.¹ reprodujo la disposición transitoria cuadragésima primera del Real Decreto legislativo 2/2004, según redacción de la Ley 16/2013, sin tomar en consideración que, en el contexto normativo vigente en tal momento, las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación solamente estaban exentas en la medida en que estuvieren amparadas por beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación (art. 30.5 del Real Decreto legislativo 4/2004), en tanto que, en el inaugurado por la Ley 27/2014, estaban totalmente exentas (Simón Yarza, 2005, p. 221).

La versión del artículo 21 de la Ley 27/2014, según la redacción establecida por el Real Decreto-Ley 3/2016, además de conservar la exención de las plusvalías, estableció el no cómputo de las minusvalías. Este nuevo contexto normativo planteaba el problema del tratamiento que había de darse a los deterioros que fueron fiscalmente deducibles en 2013 y anteriores, en cuanto subsistieren en el momento de la transmisión de la participación. Hubiera podido admitirse la consolidación de sus efectos respecto de esos periodos impositivos o establecer su reversión, sea en forma apodíctica o en el momento de la transmisión. La primera alternativa respetaba la situación jurídica creada por las normas vigentes en los periodos impositivos de 2013 y anteriores, pero implicaba un tratamiento diferente respecto de las pérdidas realizadas a través de la transmisión de las participaciones en 2016 y siguientes, privilegiando aquellas que motivaron deterioros fiscalmente deducibles. La segunda alternativa implicaba un cierto efecto retroactivo, según se ha expuesto anteriormente, pero suprimía el referido privilegio, procurando un tratamiento igualitario de las pérdidas definitivamente sufridas. La segunda alternativa, bajo la modalidad de reversión apodíctica, se plasmó en el nuevo apartado 3 de la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016, declarado inconstitucional.

Ejemplo 8

Entidad A constituye entidad B aportando 100 (2010). B obtiene beneficios y pérdidas: – 60 (2012), 0 (2013), 0 (2014), 20 (2015), – 15 (2016). Transmite la participación en 2017: 90. Entidad C constituye entidad D aportando 100 (2010). D obtiene beneficios y pérdidas: 0 (2012), 0 (2013), 0 (2014), 20 (2015) – 75 (2016). Transmite la participación en 2017: 90. Cifra negocios 18 (millones de euros).

	A	C
Deterioro	– 60 (2012) (computable), – 15 (2016) (no computable)	– 75 (2016) (no computable)
Reversión	20 (2015) (computable)	0
Reversión apodíctica	(suprimida por inconstitucional)	–
Plusvalía	30 $[90 - (100 - 60 + 20)]$ (exenta)	–
Minusvalía	0	– 10 $(90 - 100)$ (no computable)
Saldo fiscal	– 40 $(-60 + 20)$	0
Saldo contable	– 10 $(90 - 100)$	– 10 $(90 - 110)$

Puede apreciarse la desigualdad de trato, aun cuando las dos entidades obtengan la misma renta negativa. La reversión apodíctica procuraba la superación de la desigualdad, ya que hubiera determinado en A un saldo fiscal 0, igual al de C.

Se dibuja, así, un difícil equilibrio entre la seguridad jurídica y la igualdad.

3.7. La respuesta en sede parlamentaria

La enmienda 196, de adición, del Grupo Parlamentario Socialista, al proyecto de Ley por la que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (procedente del Real Decreto-Ley 8/2023, de 27 de diciembre), pretende rehabilitar las normas del Real Decreto-Ley 3/2016 que resultaron anuladas por la declaración de inconstitucionalidad, debidamente adaptadas en su dimensión temporal. La justificación es doble. De una parte, evitar la pérdida recaudatoria derivada de la sentencia del TC y, de otra, contribuir a acercar «el tipo de gravamen efectivo de las grandes empresas y los grupos fiscales a su tipo nominal».

Si frenar el impacto recaudatorio de la sentencia es un objetivo evidente, el argumento del acercamiento entre el tipo nominal y el tipo efectivo es cuestionable.

La versión más sencilla del tipo efectivo de gravamen es la relación entre el gasto contable por el impuesto sobre sociedades y el resultado contable. Una versión bastante difundida, pero inexacta, consiste en enfrentar la cuota líquida con la base imponible o, también, lo que es todavía más incorrecto, con el resultado contable. En efecto, cuando hay dividendos entre los ingresos, han de tomarse en consideración los impuestos que han recaído sobre los beneficios de los que aquellos proceden, incluso los pagados en el extranjero.

Partiendo de los datos del modelo de declaración relativo a la información país por país (231), concerniente a 126 multinacionales españolas, correspondiente a 2020, el tipo efectivo, tomando en consideración los impuestos extranjeros, fue del 24,8 %, observándose una notable dispersión del mismo entre los distintos grupos (AEAT, 2020). El dato anterior arroja una perspectiva más tranquilizadora de la relación entre el tipo efectivo y el tipo nominal de gravamen que aquella que se desprende de la justificación de la enmienda.

Las normas que se aprueben a raíz de la enmienda en modo alguno implican una suerte de rechazo de los criterios sentados por la sentencia del TC.

Las limitaciones a la compensación de bases imponibles negativas y a la deducción de impuestos extranjeros, así como la reversión apodíctica de los deterioros, no fueron examinadas por el TC desde su adecuación al principio constitucional de capacidad económica, sino desde su conformidad con los requisitos que el artículo 86.1 de la CE impone a la regulación mediante decreto-ley, en particular, no afectar al deber de contribuir del artículo 31.1 de la CE.

Como se ha expuesto, tal afectación se fundamentó en que las normas concernidas incidían sobre dos elementos estructurales del impuesto sobre sociedades, esto es, la base imponible y la cuota líquida.

Las normas que resulten de la enmienda incidirán sobre esos dos elementos estructurales, pero habrán sido aprobadas por el órgano legislativo, de manera tal que no habrá lugar al planteamiento y resolución de un conflicto constitucional en los términos en los que ha sido sustanciado por la sentencia del TC.

Ese tipo de conflicto, si acaso se presenta, versará sobre la adecuación de las aludidas normas al principio de capacidad económica, en particular, si desvirtúan, o no, el índice demostrativo de la misma en el impuesto sobre sociedades, esto es, la obtención de renta por las entidades jurídicas y, más todavía, en el caso de la reversión apodíctica, al principio de seguridad jurídica y su relación con el principio de igualdad. En el mismo sentido, el tratamiento diferenciado, dependiendo de la cifra de negocios, podría suscitar preocupaciones en relación con el principio de igualdad.

En suma, el eventual conflicto obligaría al TC a penetrar en las entrañas del impuesto sobre sociedades.

3.7.1. La compensación de bases imponibles negativas y la deducción de impuestos extranjeros

Las entidades cuya cifra de negocios, en los 12 meses anteriores al inicio del periodo impositivo, hubiere sido, al menos, 20 millones de euros, estarán afectadas por los siguientes límites:

- El importe de la base imponible negativa susceptible de compensación no podrá exceder del 50 o del 25 %, atendiendo al umbral de 60 millones de euros de cifra de negocios, en los 12 meses anteriores al inicio del periodo impositivo, de la base imponible previa a la reserva por capitalización.
- El importe de las deducciones para evitar la doble imposición internacional no podrá superar el 50 % de la cuota íntegra.

Los mandatos precedentes se aplicarán respecto de los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2024 y que no hubieren concluido a la entrada en vigor de la ley portadora de la enmienda referida.

Consecuentemente, el periodo impositivo de 2023, a declarar en 2024, no estará afectado por las normas que se pudieran derivar de la enmienda. Tampoco por las normas cuya nulidad ha sido declarada por la sentencia del TC.

Tomando en consideración la sentencia y las normas que se deriven de la enmienda, se dibujan un conjunto de situaciones tributarias que, seguidamente, se describen.

3.7.1.1. La compensación de bases imponibles negativas

Las entidades no afectadas por el FJ 4 de la sentencia podrán solicitar la práctica de nuevas liquidaciones, respecto de los periodos impositivos correspondientes, en las que se aplique el límite general a la compensación de bases imponibles negativas establecido en el artículo 26 de la Ley 27/2014, considerando lo previsto en la disposición transitoria trigésima sexta de la Ley 27/2014, según redacción del Real Decreto-Ley 3/2016, a cuyo tenor, en los periodos impositivos iniciados en 2016, se aplicará el límite del 60 %, lo que determinará un nuevo saldo de bases imponibles negativas pendientes de compensación. Estas bases imponibles negativas, además de las que surjan en periodos impositivos subsiguientes, podrán compensarse en los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2024, respetando los límites previstos en la norma que se derive de la enmienda. En el caso de las entidades cuyo ejercicio coincida con el año natural, la rectificación se proyectará sobre las declaraciones-liquidaciones comprendidas entre 2016 y 2022, ambos inclusive.



Las entidades afectadas por el FJ 4 no podrán solicitar la práctica de nuevas liquidaciones. Las bases imponible negativas, cualquiera que fuera el periodo impositivo de procedencia, podrán compensarse en los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2024, respetando los límites previstos en la norma que se derive de la enmienda.

La declaración-liquidación correspondiente al periodo impositivo de 2023 (ejercicio económico coincidente con el año natural), a presentar en 2024, se atenderá al límite del 70 % para todas las entidades, estuvieren o no afectadas por el FJ 4, cualquiera que hubiere sido la cifra de negocios.

Ejemplo 9

Entidad no afectada por el FJ 4.

Bases imponible negativas pendientes de compensación procedentes de 2015 y anteriores: 200; base imponible positiva 2016: 100; base imponible negativa 2017: 60; base imponible positiva 2018: 80; base imponible negativa 2019: 30; base imponible negativa 2020: 120; base imponible positiva 2021: 120; base imponible negativa 2022: 30; base imponible positiva 2023: 100; base imponible positiva 2024: 140; base imponible positiva 2025: 540. Cifra de negocios 800 (cifras en millones de euros).

Periodo	BIN compensada	BIN compensable	Saldo pendiente
2016	25 (100/25%)	60 (100/60%)	140 (200 – 60)
2017	–	–	200 (140 + 60)
2018	20 (80/25%)	56 (80/70%)	144 (200 – 56)
2019	–	–	174 (144 + 30)
2020	–	–	294 (174 + 120)
2021	30 (120/25%)	84 (120/70%)	210 (294 – 84)
2022	–	–	240 (210 + 30)
2023	70 (100/70%)	70 (100/70%)	170 (240 – 70)
2024	–	35 (140/25%)	135 (170 – 35)
2025	–	135 (540/25%)	0 (135 – 135)

Ejemplo 10

Entidad afectada por el FJ 4.

Mismos datos que el ejemplo anterior.

Periodo	BIN compensada	BIN compensable	Saldo pendiente
2016	2 (100/25 %)	25	175 (200 – 25)
2017	–	–	235 (175 + 60)
2018	20 (80/25 %)	20	215 (235 – 20)
2019	–	–	245 (215 + 30)
2020	–	–	365 (245 + 120)
2021	30 (120/25 %)	30	335 (365 – 30)
2022	–	–	365 (335 + 30)
2023	70 (100/70 %)	70 (100/70 %)	295 (365 – 70)
2024	–	35 (140/25 %)	260 (295 – 35)
2025	–	135 (540/25 %)	125 (260 – 135)

3.7.1.2. Los impuestos extranjeros

Las entidades no afectadas por el FJ 4 podrán solicitar la práctica de nuevas liquidaciones en las que únicamente se aplique el límite, propio de la imputación ordinaria, de la porción de cuota íntegra derivada de la renta de fuente extranjera previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 27/2014. En el caso de las entidades cuyo ejercicio coincida con el año natural, la rectificación se proyectará sobre las declaraciones-liquidaciones comprendidas entre 2016 y 2022, ambos inclusive.

Las entidades afectadas por el FJ 4 no podrán solicitar la práctica de nuevas liquidaciones.

En 2023, todas las entidades determinarán la deducción de los impuestos extranjeros aplicando, exclusivamente, lo previsto en los artículos 31 y 32 de la Ley 27/2014. En 2024 y sucesivos, el importe así determinado podrá deducirse con el límite del 50 % de la cuota íntegra.



Ejemplo 11

Entidad no afectada por el FJ 4.

Intereses de fuente extranjera: 100 constantes a partir de 2020; retención extranjera: 15; gastos asociados: 40; cuota íntegra constante: 20. Cifra de negocios: 800 (cifras en millones de euros).

Periodo	Límite arts. 31-32	Cuota	Deducción	Pendiente	Rectificación	Pendiente
2020	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	5 (15 – 10)	15 (10 + 5)	0 (15 – 15)
2021	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	10 (15 + 5 – 10)	15 (10 + 5)	0 (15 + 0 – 15)
2022	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	15 (15 + 10 – 10)	15 (10 + 5)	0 (15 + 0 – 15)
2023	15 [(100 – 40) 25 %]	20	15 (no límite)	0 (15 + 0 – 15)	–	–
2024	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	5 (15 + 0 – 10)	–	–
2025	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	10 (15 + 5 – 10)	–	–

Ejemplo 12

Entidad afectada por el FJ 4.

Mismos datos ejemplo anterior.

Periodo	Límite arts. 31-32	Cuota	Deducción	Pendiente
2020	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	5 (15 – 10)
2021	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	10 (15 + 5 – 10)
2022	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	15 (15 + 10 – 10)
2023	15 [(100 – 40) 25 %]	20	15 (no límite)	15 (15 + 15 – 15)
2024	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	20 (15 + 15 – 10)
2025	15 [(100 – 40) 25 %]	20	10 (20/50 %)	25 (15 + 20 – 10)

3.7.2. La reversión de deterioros

Los deterioros de instrumentos de patrimonio que fueron fiscalmente deducibles, pendientes de reversión al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir del 1 de enero de 2024, se integrarán en la base imponible del mismo, cualquiera que hubiere sido la cifra de negocios.

No obstante, cuando en tal periodo impositivo se produzca la transmisión de la participación, el importe de la reversión a integrar en la base imponible tendrá el límite de la renta positiva derivada de la misma. Esta regla, que ya estaba presente en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2016, referida a los periodos impositivos en los que había de producirse la reversión apodíctica, determinará la no integración en la base imponible del deterioro pendiente de reversión, en la medida en que la pérdida anticipada por el mismo se ponga de manifiesto con ocasión de la transmisión de la participación. De esta manera se respetan las pérdidas integradas en la base imponible por causa del deterioro, esto es, las habidas en los periodos impositivos iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2013, en la medida en que persistan en el momento de la transmisión, pero solamente cuando la transmisión se produzca dentro del primer periodo impositivo que comience en 2024.

Los deterioros de los instrumentos de patrimonio fueron fiscalmente deducibles, en los términos previstos en el artículo 12.3 del Real Decreto legislativo 4/2004, hasta que la Ley 16/2013 los excluyó totalmente su cómputo. La reversión apodíctica prevista por el Real Decreto-Ley 3/2016 y por la norma que se derive de la enmienda se refieren, lógicamente, a aquellos deterioros. Ese conjunto de normas, unido a la sentencia del TC, dibuja el siguiente escenario, según cual sea el momento de la transmisión de la participación y la relación de la entidad con el FJ 4 de la sentencia:

- Transmisión anterior a la sentencia del TC. Las entidades no afectadas por el FJ 4 de la sentencia podrán solicitar la rectificación de las bases imponibles declaradas, en el sentido de eliminar las reversiones apodícticas sustituyéndolas por las efectivas, y calcular la renta, positiva o negativa, derivada de la transmisión, la cual no se integrará en la base imponible, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

Las entidades afectadas por el aludido fundamento no podrán solicitar rectificación alguna.

Ejemplo 13

Entidad no afectada por el FJ 4.

Valor adquisición: 400; deterioro a revertir (art. 12.3): 100; reversión por aumento de fondos propios: 50 (2018); valor de transmisión: 362 (2019).



Periodo	Reversión (Real Decreto-Ley 3/2016)	Rectificación reversión sentencia
2016	20 (100/5)	– suprime la reversión
2017	20 (100/5)	– suprime la reversión
2018	10 (50 – 20 – 20)	50
2019	12 [362 – (400 – 100 + 20 + 20 + 10)]	– suprime la reversión

Renta contable total: – 38 (362 – 400).

Renta contable ejercicio: – 100 (previos) + 50 (2018) + 12 [362 – (400 – 100 + 50)] (2019) = – 38.

Base imponible: – 100 (previos) + 50 (2018) + 12 (exención) (2019).

Ejemplo 14

Entidad afectada por el FJ 4.

Mismos datos ejemplo anterior.

Periodo	Reversión	Rectificación reversión sentencia (no procede)
2016	20 (100/5)	
2017	20 (100/5)	
2018	10 (50 – 20 – 20)	
2019	12 (400 – 100 + 20 + 20 + 10 – 362)	

Renta contable total: – 38 (362 – 400).

Renta contable ejercicio: – 100 (previos) + 50 (2018) + 12 [362 – (400 – 100 + 50)] (2019) = – 38.

Base imponible: – 100 (previos) + 20 (2016) + 20 (2017) + 10 (2018) + 12 (2019) + 0 [362 – (400 – 100 + 20 + 20 + 10 + 12)].

- **Transmisión en 2024.** Las entidades no afectadas por el FJ 4 de la sentencia podrán solicitar la rectificación de las bases imponibles, en el sentido de eliminar las reversiones apodícticas, sustituyéndolas por las efectivas, pudiendo resultar así un saldo pendiente que deberá revertir en el periodo impositivo de 2024, pero con el límite de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación.

Esta renta no se integrará en la base imponible, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

Las entidades afectadas por el aludido fundamento no podrán solicitar rectificación alguna. La renta derivada de la transmisión de la participación se calculará tomando en consideración el importe de las reversiones apodícticas. Esta renta no se integrará en la base imponible, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

Ejemplo 15

Entidad no afectada por el FJ 4.

Valor adquisición: 400; deterioro a revertir (art. 12.3): 100; reversión por aumento de fondos propios: 50 (2018); valor de transmisión: 362 (2024).

Periodo	Reversión (Real Decreto-Ley 3/2016 y enmienda)	Rectificación reversión sentencia
2016	20 (100/5)	– suprime la reversión
2017	20 (100/5)	– suprime la reversión
2018	10 (50 – 20 – 20)	+50
2019	25 [(100 – 20 – 20 – 10)/2]	– suprime la reversión
2020	25 [(100 – 20 – 20 – 10)/2]	– suprime la reversión
2024	12 [362 – (400 – 100 + 50)]	

Renta contable total: –38 (362 – 400).

Renta contable ejercicio: –100 (previos) + 50 (2018) + 12 [362 – (400 – 100 + 50)] (2024) = –38.

Base imponible: –100 (previos) + 50 (2018) + 12 (2024) + 12 (exención) (2024).

Ejemplo 16

Entidad afectada por el FJ 4.

Mismos datos el ejemplo anterior.



Periodo	Reversión (Real Decreto-Ley 3/2016 y enmienda)	Rectificación reversión sentencia (no procede)
2016	20 (100/5)	
2017	20 (100/5)	
2018	10 (50 – 20 – 20)	
2019	25 (100 – 20 – 20 – 10)/2)	
2020	25 (100 – 20 – 20 – 10)/2)	
2024	0 (100 – 20 – 20 – 10 – 25 – 25)	

Renta total: – 38 (262 – 400).

Renta contable ejercicio: – 100 (previos) + 50 (2018) + 12 [362 – (400 – 100 + 50)] (2024) = – 38.

Base imponible: – 100 (previos) + 20 (2016) + 20 (2017) + 10 (2018) 25 (2019) + 25 (2020) – – 38 (362 – 400) (no computable) (2024).

El deterioro computado (art. 12.3) ha procurado que la pérdida se integre en la base imponible de la entidad con derecho a rectificación. La entidad sin derecho a rectificar no podrá integrar en la base imponible la pérdida. Por tanto, esta última se halla en la misma situación que aquellas entidades que sufrieron el deterioro en un periodo o periodos impositivos en los que el mismo no era computable (2013 y siguientes).

- Transmisión posterior a 2024. Las entidades no afectadas por el FJ 4 de la sentencia podrán solicitar la rectificación de las bases imponibles, en el sentido de eliminar las reversiones apodícticas, sustituyéndolas por las efectivas, pudiendo resultar así un saldo pendiente de reversión que deberá hacerlo en el periodo impositivo de 2024, sin sujeción a límite alguno. La renta derivada de la transmisión de la participación no se integrará en la base imponible, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014.
- Las entidades afectadas por el aludido fundamento no podrán solicitar rectificación alguna. La renta derivada de la transmisión de la participación se calculará tomando en consideración el importe de las reversiones apodícticas. Esta renta no se integrará en la base imponible, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

Ejemplo 17

Entidad no afectada por el FJ 4.

Mismos datos que el ejemplo anterior, salvo la transmisión, que será en 2025.

Periodo	Reversión (Real Decreto-Ley 3/2016 y enmienda)	Rectificación reversión sentencia
2016	20 (100/5)	– suprime la reversión
2017	20 (100/5)	– suprime la reversión
2018	10 (50 – 20 – 20)	+50
2019	25 (50 – 20 – 20 – 10)/2)	– suprime la reversión
2020	25 (50 – 20 – 20 – 10)/2)	– suprime la reversión
2024	50 (100 – 50)	

Renta contable total: –38 (362 – 40).

Renta contable ejercicio: –100 (previos) + 50 (2018) + 12 [362 – (400 – 100 + 50)] (2025) = –38.

Base imponible: –100 (previos) + 50 (2018) + 50 (2024) – 38 [362 – (400 – 100 + 50 + 50)] (2025) (no computable).

Ejemplo 18

Entidad afectada por el FJ 4.

Mismos datos que el ejemplo anterior.

Periodo	Reversión (Real Decreto-Ley 3/2016 y enmienda)	Rectificación reversión sentencia (no procede)
2016	20 (100/5)	
2017	20 (100/5)	
2018	10 (50 – 20 – 20)	
2019	25	
2020	25	
2024	0 (100 – 20 – 20 – 10 – 25 – 25)	

Renta contable total: –38 (362 – 400).

Renta contable ejercicio: –100 (previos) + 50 (2018) + 12 [362 – (400 – 100 + 50)] (2025) = –38.

Base imponible: –100 (previos) + 20 (2016) + 20 (2017) + 10 (2018) + 25 (2019) + 25 (2020) + 0 (2024) – 38 [362 – (400 – 100 + 20 + 20 + 10 + 25 + 25)] (2025) (no computable).

El deterioro computado (art. 12.3) no ha procurado, en las dos entidades, que la pérdida se integre en la base imponible. Las dos entidades se hallan en la misma situación que aquellas entidades que sufrieron el deterioro en un periodo o periodos impositivos en los que el mismo no era computable (2013 y siguientes).

La regla concerniente a la limitación de la reversión del deterioro, anteriormente enunciada, plantea la conveniencia de transmitir la participación deteriorada dentro del primer periodo impositivo que comience en 2024.

Ejemplo 19

Valor de adquisición: 400; deterioro computado: 100 (2012); valor de transmisión: 320. La entidad no estaba afectada por el FJ 4. Transmisión en 2024.

Base imponible: -100 (2012) (deterioro art. 12.3) $+ 100$ (2016-2020) (reversión real decreto-ley) $- 100$ (rectificación sentencia) $+ 20$ [$320 - (400 - 100)$] (enmienda) $= -80$.

Transmisión en 2025. Base imponible: -100 (2012) (deterioro art. 12.3) $+ 100$ (2016-2020) (reversión real decreto-ley) $- 100$ (rectificación sentencia) $+ 100$ (2024) (enmienda) $- 80$ ($320 - 400$) (2025) (no computable).

Si la entidad hubiere estado afectada por el FJ 4, la reversión, en su totalidad, ya se habría producido. En tal caso, es indiferente que la transmisión se realice en 2024 o 2025 y siguientes. El deterioro habrá revertido y la pérdida no se computará.

Transmisión en 2024.

Base imponible: -100 (2012) (deterioro art. 12.3) $+ 100$ (2016-2020) (reversión real decreto-ley) $+ 0$ (2024) (enmienda) $- 80$ ($320 - 400$) (2024) (no computable).

Transmisión en 2025.

Base imponible: -100 (2012) (deterioro art. 12.3) $+ 100$ (2016-2020) (reversión real decreto-ley) $+ 0$ (2024) (enmienda) $- 80$ ($320 - 400$) (2025) (no computable).

3.8. Capacidad económica, igualdad, retroactividad, seguridad jurídica: ¿cuadratura del círculo?

La sentencia del TC ha puesto sobre el tapete un conjunto de cuestiones que desbordan su contenido, por más que se hallen relacionadas con el mismo.

El efecto retroactivo de la reversión apodíctica, sea fuerte o débil, remite a una reconsideración respecto del tratamiento de las plusvalías y minusvalías derivadas de la transmisión de participaciones significativas, esto es, las reguladas por el artículo 21 de la Ley 27/2014.

La exención de plusvalías, por encima del importe de los beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación, y el no cómputo de las minusvalías podrían ser contrarias al principio de capacidad económica, en cuanto suponen una medición de la renta gravable que no se compadece con la renta efectivamente obtenida.

Ese tratamiento de las plusvalías y de las minusvalías creó un problema en relación con los deterioros computados precedentemente que fue solventado a través de la reversión apodíctica, respetándose así la igualdad de trato, referida a los hechos acaecidos en periodos impositivos subsiguientes, pero bordeando una retroactividad perturbadora de la seguridad jurídica en relación con los periodos impositivos precedentes. La enmienda del Grupo Parlamentario Socialista insiste en la reversión apodíctica, situándola en 2024.

El enfrentamiento entre igualdad y seguridad jurídica hubiera podido morigerarse ubicando la reversión en el periodo impositivo de la transmisión de la participación. Esta opción hubiera mermado la potencia recaudatoria de la reversión apodíctica, pero habría reforzado su función al servicio de la igualdad, moderando, al tiempo, la incidencia sobre la retroactividad. Con todo, sería un mero alivio.

Satisfacer todos los principios constitucionales aludidos, en el marco de la actual redacción del artículo 21 de la Ley 27/2014, tal vez aboque a la cuadratura del círculo. Y, sin embargo, es posible que el TC deba enfrentarse a ello. En efecto, no ha de descartarse el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad referida a la compatibilidad de las normas fruto de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista respecto de los artículos 9.3 (seguridad jurídica) y 31.1 (capacidad económica) de la CE, en particular por lo que se refiere a la reversión apodíctica. Nótese que varios autos de admisión a casación del TS, algunos de ellos posteriores a la sentencia del TC objeto de este estudio, se han pronunciado en el sentido de

determinar si, a la vista de la jurisprudencia del TC en relación con los límites materiales de los reales decretos-leyes previstos en el artículo 86.1 de la CE, el principio de capacidad económica del artículo 31.1 de la CE y el principio de irretroactividad y seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE es posible por vía interpretativa la acomodación al ordenamiento constitucional del artículo 3.1.2 del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de noviembre, que modificó la disposición transitoria decimosexta de la Ley 27/2014, del impuesto sobre sociedades (Autos del TS de 5 de julio de 2023 [rec. núm. 8251/2022 –NFJ090363–]; de 3 de abril de 2024 [rec. núm. 1683/2023 –NFJ092707–] y de 3 de abril de 2024 [rec. núm. 2201/2023]),

de manera tal que no ha de descartarse el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad en la que la reversión apodíctica sea objeto de enjuiciamiento en relación con la capacidad económica que, para ser fructífero, habría de extenderse al examen del propio artículo 21 de la Ley 27/2014.

Sin embargo, esa perspectiva de profundización constitucional ha sido enfriada por la Sentencia del TS de 25 de abril de 2024 (rec. núm. 8251/2022 –NFJ093149–), por cuanto en ella se afirma que:

La pretensión de la parte recurrente, consistente en que esta Sala fije doctrina jurisprudencial sobre la acomodación al ordenamiento constitucional del artículo 3.1, apartado dos, del Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el principio de capacidad económica (art. 31. CE) y el principio de irretroactividad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no puede ser acogida, dado que habiendo sido declarado inconstitucional y nulo el referido precepto se ha producido su expulsión del ordenamiento jurídico, como si nunca hubiera existido.

Referencias bibliográficas

AEAT (2020). *Estadística informe país por país 2020*.

Juan Casadevall, J. de (2020). La reversión fiscal de cartera: la insoportable levedad de la retroactividad. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 445, 87-106. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2020.3631>

Juan Casadevall, J. de (2021a). La controvertida utilización del decreto-ley en materia tributaria. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41(123), 13-42.

Juan Casadevall, J. de (2021b). La impermeabilización del impuesto sobre sociedades al decreto-ley: la dudosa constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Nueva Fiscalidad*, 1, 107-131.

Neumark, F. (1973). *Principios de la imposición*. Instituto de Estudios Fiscales.

Sainz de Bujanda, F. (1975). *Hacienda y derecho I*. Instituto de Estudios Políticos.

Simón Yarza, M. E. (2005). *La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el impuesto sobre sociedades*. Thomson Reuters.

Zornoza Pérez, J. (2019). El impuesto sobre sociedades: un análisis desde los principios constitucionales tributarios. En VV. AA., *Imposición sobre el beneficio empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro* (pp. 105-150). Fundación Impuestos y Competitividad.

Eduardo Sanz Gadea. Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas. Graduado en Ciencias Políticas. Inspector de Hacienda del Estado. Subdirector General de Impuestos sobre las Personas Jurídicas. Jefe de la Oficina Técnica de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Doctor *honoris causa* UDIMA. Ha participado como ponente en cursos, seminarios y másteres impartidos por diversos centros oficiales (Universidades y Administraciones), así como en asociaciones y centros privados en las materias anteriormente indicadas, pero especialmente en materia del impuesto sobre sociedades.



La fiscalidad ante la tokenización de activos

Julio César Muñiz Pérez

Profesor de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

juliocesar.muniz@der.uned.es | <https://orcid.org/0000-0001-9571-5866>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Vicente Climent Escriche, don Alfredo García Prats, don Salvador Llopis Nadal, don José Andrés Sánchez Pedroche y doña María Teresa Soler Roch.

Extracto

La tokenización representa en estos momentos el reto más importante de la fiscalidad de la economía digital. Partimos de la original desambiguación del término con la moneda digital para llegar a su regulación europea, la limitada regulación en España y los supuestos de aplicación que se están dando por la Dirección General de Tributos. La situación actual convierte la tokenización en una vía de elusión, evasión y erosión de bases imponibles. Para los Estados es un ámbito que requiere de su atención tanto a nivel interno como internacional. Un ámbito que generará competencia fiscal, pero también mejorará la competitividad de las empresas y podrá ser una herramienta de atracción de inversión extranjera. Esta temática centrará sin duda los esfuerzos de regulación y control tanto en el ámbito europeo como en el nacional e internacional en los próximos años.

Palabras clave: criptoactivo; criptomoneda; token; tokenización; fiscalidad; digitalización.

Recibido: 06-03-2023 / Aceptado: 08-09-2023 / Revisado: 18-05-2024 / Publicado: 03-07-2024

Cómo citar: Muñiz Pérez, J. C. (2024). La fiscalidad ante la tokenización de activos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 91-124. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.18943>



Taxation of asset tokenization

Julio César Muñiz Pérez

This work has been selected for publication by: Mr. Vicente Climent Escriche, Mr. Alfredo García Prats, Mr. Salvador Llopis Nadal, Mr. José Andrés Sánchez Pedroche and Mrs. María Teresa Soler Roch.

Abstract

Tokenization currently represents the most significant challenge to the taxation of the digital economy. Starting from the initial clarification of the term with digital currency, we explore its European regulation, the limited regulation in Spain, and the application cases being addressed by the Spanish «Dirección General de Tributos». The current situation turns tokenization into a means of tax avoidance, evasion, and base erosion. For states, this is an area that requires attention both domestically and internationally. It is a field that will generate tax competition but will also enhance business competitiveness and could be a tool for attracting foreign investment. This issue will undoubtedly focus regulatory and control efforts at the European, national, and international levels in the coming years.

Keywords: cryptoasset; cryptocurrency; token; tokenization; taxation; digitalization.

Received: 06-03-2023 / Accepted: 08-09-2023 / Reviewed: 18-05-2024 / Published: 03-07-2024

Citation: Muñiz Pérez, J. C. (2024). La fiscalidad ante la tokenización de activos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 91-124. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.18943>



Sumario

- 1. Introducción
 - 2. Origen y caracteres del concepto «token»
 - 3. Delimitación del concepto «token digital»
 - 4. Tokens y tokenización: tipos y funciones en la regulación de la Unión Europea
 - 5. Fiscalidad de la tokenización en España
 - 5.1. Instrumento financiero y tratamiento contable
 - 5.2. Rendimientos de capital mobiliario
 - 5.3. Entregas de bienes o prestaciones de servicios (IVA)
 - 6. Tokenización y fiscalidad internacional
 - 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El objeto de este trabajo es clarificar conceptualmente la tokenización y, a partir de aquí, delimitar la relevancia fiscal de este proceso que conecta la economía real y la digital. Desde esa base conceptual, que resulta imprescindible, se afronta el tratamiento que la tokenización recibe desde la fiscalidad y los múltiples retos que plantea.

Afrontamos el estudio de la tokenización de activos desde una visión general para acercarnos a la fiscalidad de esta novedad digital con la que se conecta la economía digital y la del mundo real. Analizando la figura podremos determinar el potencial que la tokenización tiene como herramienta económica y los retos que plantea en materia de elusión y evasión fiscal en relaciones comerciales y económicas en general.

Partimos del concepto de «token», rastreando la semántica y contenido del término anglosajón y su utilización en el entorno digital. Desde esta base se analiza la más reciente normativa europea, con especial atención a su relevancia en el ámbito tributario. Seguimos con el tratamiento fiscal de los tokens en España, así como la necesidad de incorporar esta realidad a la normativa reguladora tanto tributaria como contable. Terminamos examinando los problemas que, desde la fiscalidad internacional, plantea la tokenización y su regulación, junto a la necesidad de establecer criterios coordinados en el ámbito internacional.

Adicionalmente, cabe destacar que el término está estrechamente vinculado con los usos comerciales británicos tradicionales. Las relaciones jurídicas que permite se aprecian en la influencia de institutos jurídicos ajenos, dentro de la lógica del *common law*; elementos que permiten clarificar la figura y su potencial. Todo ello manifiesta la relevancia económica y tributaria de la tokenización, como tipo de criptoactivo, su potencial y la necesidad de establecer una regulación eficaz.

2. Origen y caracteres del concepto «token»

Es necesario comenzar con un análisis sobre el concepto «token» («toquen» en su grafía en español recomendada) para comprender el neologismo «tokenización» y su posterior aplicación al entorno digital. De hecho, esta delimitación conceptual resulta esencial para la correcta comprensión del término y el fenómeno jurídico subyacente, ya que en él encontramos posiciones y comprensiones diversas de esta expresión. Además, consideramos que las nociones que subyacen son ajenas a nuestra tradición jurídica y resulta igualmente necesario determinar sus caracteres para poder identificar el régimen fiscal aplicable en el ordenamiento español vigente.

Partimos ahora de la metodología de la *Begriffsgeschichte* o historia conceptual (Koselleck *et al.*, 1972-1990), que resulta útil para deslindar los usos diversos del vocablo y permite tanto establecer relaciones como dar explicaciones de continuidades y de cambios conceptuales en el vocabulario (tanto normativo como social). Una perspectiva que resulta esencial para incardinar este trabajo en el contexto metodológico e interdisciplinar que le es propio (Richter 2003, p. 456). Un enfoque que es fundamental para afrontar trabajos en los que subyace un estudio de derecho comparado (Muñiz Pérez, 2022, p. 101).

El término «tokenización» es un neologismo que procede directamente del inglés *token*, no recogido en ninguna variante por la Real Academia Española, pero de uso creciente en el ámbito de la economía digital. Se trata de un término que presenta gran diversidad de usos y que puede llevar a confusión entre los que lo utilizan (especialmente no angloparlantes). La diversidad de usos exige este análisis y, a pesar de la gran variedad semántica que presenta el término en lengua inglesa, permitirá definir sus caracteres fundamentales.

El origen etimológico parece proceder de *tacen*, «signo, símbolo, evidencia», derivado del verbo *taecan*, «mostrar, explicar, enseñar». Acaso procede del protogermánico *taikna*, del que también derivan del sajón antiguo *tekan*, del noruego *teikn*, «signo zodiacal, presagio, señal», y variantes como *tekan*, frisio antiguo, *teken*, neerlandés antiguo o el gótico *taikn* (*Online Etymology Dictionary*, s. f.). Los tokens existen al menos desde el inicio de la agricultura en el cuarto milenio a. C. con las tablillas de arcilla en escritura cuneiforme (Schmandt-Besserat, 2019, p. 11).

Desde el siglo XVI (1590), el término designa a una «pequeña pieza de metal grabado». En la actualidad sigue vigente esta expresión con idéntico sentido en textos académicos y estudios sobre numismática (Kleeberg, 1992). Estos textos de numismática recogen la diferencia semántica de *coin*, moneda de curso legal, frente al *token*, como señal de pago. Tiene paralelismos con las propias monedas o con las medallas conmemorativas, pero con caracteres propios que permiten diferenciarlos.

El análisis de los trabajos desde la numismática manifiesta que la denominación de token viene a ser equivalente a lo que las fuentes romanas calificaban de tésera o *tessera*, que el

Diccionario de autoridades de la Real Academia Española (RAE, 1739) define como «pedazo de madera, hueso, marfil, u otra materia de figura cúbica, como un dado de que usaban los romanos, y pintaban alguna señal, para servirse secretamente de ella en la guerra». Definición que adapta el actual diccionario de «tésera» (RAE, s. f.) como «pieza cúbica o planchuela con inscripciones que los romanos usaban como contraseña, distinción honorífica o prenda de un pacto». Estas definiciones nos llevan a plantear su identificación en español con el término «tésera» y, en menor medida, con «boleta». Esta última debemos entenderla, de conformidad con la entrada 7 de la RAE (s. f.), como «especie de libranza para tomar o cobrar algo». Por su parte, entendemos por «libranza» la «orden de pago que se da, ordinariamente por carta, contra alguien que tiene fondos a disposición de quien la expide, tal cual, cuando es a la orden, equivale a la letra de cambio» (RAE, s. f.).

Este examen semántico adelanta la relación del término con los títulos valores. De hecho, esta función del token recibirá mayor atención posteriormente y es relevante como criterio de calificación del negocio jurídico y sus efectos fiscales.

Cabe recalcar que la desambiguación entre el término *token* y el de *coin* la encontramos ya en este ámbito numismático. Una divergencia que se manifiesta en que, mientras la moneda se fundamenta en su carácter fiduciario oficial, el token es entre particulares. De este modo, el token permitía la negociación y pago (total o parcial, junto al reconocimiento de deuda) en supuestos de escasez de moneda de curso legal o sin utilizarla. También facilita vías de trueque entre comerciantes y mecanismos de adquisición de bienes y servicios. Pensemos que la mayor expansión de la figura se produce en el siglo XVII, al producirse tokens en más de 4.000 localidades de Inglaterra, Gales e Irlanda (Thompson, 1989) durante la Revolución Industrial y vinculados a la revolución del consumo. En este contexto, con estos tokens, además de un mecanismo de pago, se lograba un mecanismo similar al de adquisición preferente (Thompson, 1989), a la vez que venía a suplir la carencia de moneda oficial de bajo valor en el tráfico ordinario (Burnett, 2019, p. 190), ya que solo se acuñaba en plata. Entre las causas de esta proliferación de tokens en Inglaterra, Gales e Irlanda se plantea como causa el vacío de acuñación estatal en cobre/bronce, el uso como anuncio o propaganda, así como el incentivo del consumo repetido y el mercado cautivo (cada token servía solo para un determinado comerciante que lo emitía), o todas estas funciones simultáneamente. Dentro de los beneficios de su uso encontramos el uso como préstamo privado sin intereses; un porcentaje de las fichas nunca se canjeaban, lo que beneficiaba al emisor. Otra utilidad, si las fichas solo se podían canjear por determinados artículos en una misma tienda, es generar un mercado cautivo (Burnett, 2019, p. 192). No obstante, otros autores afirman que había una emisión centralizada por parte de compañías o, incluso, desde la misma ceca real (Thompson, 1989). Esta posición no explica, sin embargo, que el uso solía realizarse entre mercaderes y no con clientes finales en operaciones entre comerciantes (Burnett, 2021) y que, a pesar de las prohibiciones, continuará su uso hasta el siglo XIX (Dykes, 2012) e incluso durante el siglo XX (Dykes, 2003, p. 170).

En cualquier caso, este ejemplo histórico del uso del token refleja una relación de confianza entre emisor y receptor, respaldada en el éxito de su propio negocio y dirigida a las

relaciones con otros comerciantes. Por contra, debemos relacionarlo con la prerrogativa regia de acuñar dinero. Lo cierto es que el Estado luchará contra este modelo comercial, por ejemplo, en la proclamación de Carlos II, emitida el 16 de agosto de 1672, reiterándose en 1674, que prohibía la emisión y uso de tokens comerciales. Cabe destacar que no hemos encontrado autores que hablen de motivaciones fiscales en este uso histórico del token.

Ya hemos apuntado la similitud del token con los títulos valores (letra de cambio y pagaré). Esta función explica su uso reiterado y entre comerciantes. Un uso que reflejan frecuentemente los estudios numismáticos como señal de pago durante la Edad Moderna (Gilbert, 1927) y que permite comprender la expansión de esta figura especialmente en el ámbito anglosajón y su recepción desde esta tradición semántica a la realidad económica digital.

La evolución histórica del concepto lleva a una gran diversidad de significados en el inglés actual, entre los que se mantiene el contenido semántico de representación de valor, sin ser moneda oficial, como símbolo de un negocio jurídico subyacente.

El diccionario Merriam-Webster (s. f.) manifiesta bien esta diversidad semántica de token. Como sustantivo, se describe en el sentido de «ficha» como «pieza parecida a una moneda emitida para su uso por un grupo concreto en determinadas condiciones (por ejemplo, como billete de autobús)», o «pieza parecida a una moneda emitida como dinero por alguna persona u organismo distinto a un gobierno *de iure*». En esta última se aprecia el carácter no oficial, que excluye siempre la moneda estatal del concepto, en la línea de toda la doctrina numismática. Una falta de oficialidad que podemos considerar como una característica constante y reiterada.

Otros usos que refleja el diccionario Merriam-Webster son el de «unidad de criptomoneda», poniendo como ejemplo la expresión *bitcoin tokens*, que no define, pero también incluye usos generales del término en el sentido de «símbolo», «emblema», «manifestación o expresión» y su uso para referenciar «algo dado o mostrado como garantía (de autoridad, de derecho o de identidad)». Existe además un uso adjetival relevante desde la perspectiva jurídica, por el que se refiere a algo que es «hecho o dado como símbolo, especialmente en cumplimiento parcial de una obligación o compromiso».

El elemento de símbolo también se pone de relieve en la acepción *tokenism*, con un sentido negativo, como la práctica o política de hacer solo un esfuerzo «simbólico» de algo que en realidad no se persigue. Presenta el mismo significado en el uso habitual de token como adjetivo.

Adicionalmente, cabe referir expresiones y usos con el término. La expresión *token coins* refiere aquella moneda con un valor intrínseco menor que su valor facial; *token money*, en la misma línea, identifica el dinero fiduciario, como dinero que un Gobierno emite con un valor facial muy superior a su valor intrínseco. *Token payment* se refiere aquel pago muy pequeño, simbólico, realizado simplemente como reconocimiento de la deuda. *Hard-times*

token, token «de los tiempos duros», hace referencia a la crisis monetaria originada por la Administración Jackson en su conflicto con el banco de Estados Unidos que supuso una restricción de los metales preciosos en el mercado, en una vuelta a la referencia del valor fiduciario (simbólico) de la moneda.

En estudios académicos más recientes podemos encontrar referencias a la «economía token», aunque al margen de nuestro ámbito de estudio. Así, lo encontramos referido en estudios psicológicos y del comportamiento o de mercadotecnia (Hackenberg, 2009) para referirse a modelos de comportamiento y a estrategias de refuerzo con consumidores a través de tokens. En este caso podemos traducirlo al español como «fichas», «puntos» o «cupones». También, como «insignias», lo encontramos utilizado como uno de los incentivos que se otorgaban en el ámbito pedagógico por logros académicos desde los siglos XVIII y XIX en Inglaterra y Estados Unidos (Stilitz, 2009), con ánimo de refuerzo y mejora del alumnado.

De este modo se aprecia la diversidad conceptual del término, aunque con ciertos elementos comunes y reiterados; la referencia a constituir símbolo y su relación con la «confianza» y el sentido «fiduciario», que lo diferencia del valor intrínseco de la moneda.

El problema de esta definición es la indeterminación que ha generado en cuanto a su configuración. El concepto varía en función de si dotamos de mayor relevancia al elemento fiduciario y cómo lo entendemos o ponemos el acento en que se emita o no con la garantía de un banco central. Es decir, si le otorgamos un valor equivalente a moneda fiduciaria (que nos lleva a centrarnos en el carácter no oficial) o nos centramos en otro elemento semántico constante, su función de símbolo.

Se así hace necesario examinar de forma específica la transformación del uso de token en el ámbito digital y los problemas que plantea.

3. Delimitación del concepto «token digital»

La diferenciación y conceptualización de los términos no es frecuente y el análisis semántico realizado contrasta con usos ambiguos o incluso incorrectos que mezclan categorías. Reiteramos los dos elementos semánticos que consideramos constantes del término «token» y su evolución en el tiempo que posibilitan la diferenciación del término «moneda». Estos son la función de símbolo y la falta de respaldo oficial. Desde esta base semántica rastreamos los usos que encontramos en el ámbito digital.

De forma general, podemos encontrar posturas que parecen adoptar como elemento central del término «token» su carácter no oficial y su falta de respaldo por una autoridad estatal. En otras ocasiones se pone el acento en la función simbólica; esa función simbólica se confunde con la primera, dado el carácter fiduciario de las monedas oficiales.

El término «token» (y «tokenización») en el entorno digital económico podemos encontrarlo utilizado de forma muy genérica. Desde esta posición extrema encontramos autores (Voshmgir, 2019) que hablan de la *token economy* o economía token como sinónimo de la digitalización económica que representa la web (planteadas como el futuro de internet y basado en modelos económicos que mezclan la realidad digital y la física).

Esto arrastra a la confusión entre la noción de moneda y token (tésera, si quisiéramos utilizar el término español huyendo de anglicismos). Sin embargo, ambas categorías deben deslindarse. En ambas hay un elemento de confianza, pero la clave, en nuestra opinión, está en la desambiguación ya establecida desde la numismática y en la relevancia que damos al elemento simbólico. La moneda, aunque sea moneda de curso legal, tiene un valor en sí misma; constituye una unidad monetaria que permite adoptar criterios homogéneos de valoración entre bienes distintos. El token es incapaz en sentido estricto de cumplir esta función. El valor del token es, por definición, variable o remitido a un valor monetario externo. Es un símbolo de un valor indeterminado; su valor variará con cada token en función del activo subyacente que simbolice. De este modo, apostamos por un concepto estricto de token como símbolo de los bienes y servicios de la economía real que son representados por el token, es decir, han sido tokenizados.

Es frecuente encontrar conceptualizaciones que consideramos erróneas o, al menos, insuficientemente precisas. La frecuente expresión *bitcoin token* sería errónea, ya que el token, en sí mismo, no es más que un símbolo de otra cosa, mientras que el bitcoin sí tiene valor en sí mismo. La expresión referida de *bitcoin token* debe ser entendida como un token que hace referencia a una garantía en bitcoins y no un bitcoin en sí mismo. De hecho, lo que venden algunas plataformas que no entregan los bitcoins son precisamente *bitcoin tokens*, es decir, garantías de bitcoin, símbolos de bitcoin. De este modo, esas plataformas no pierden los bitcoins con los que siguen negociando, lo que está en la base del fraude de algunos fondos de cobertura dedicados al intercambio cripto como XFT (Anonymous, 2023, p. 102).

Por ello, no estamos de acuerdo con la afirmación de que las criptomonedas sean un tipo de token (afirmación que encontramos en múltiples definiciones, como la de «activo digital» «criptomoneda» o «token» en Terrence McKenna, 2022). Esta definición es asumida implícita o explícitamente, por ejemplo, en afirmaciones como «una criptomoneda es un token» (Pombo Nartallo, 2021). Quizá se debe a una comprensión de token como unidad mínima de intercambio y, desde esta generalización, algunos tokens son criptomonedas (cosa que sí es cierto, como veremos), pero no todas las criptomonedas son tokens¹.

El problema está en el carácter fluido de estas nociones. Por ejemplo, la Cámara de Representantes de Estados Unidos publicó el 14 de abril de 2023 un proyecto de ley para regular

¹ Cabe señalar que esta confusión es particularmente frecuente en doctrina en español; no se aprecia esta intensidad en trabajos en lengua inglesa.

los requisitos de los emisores de *stablecoin* de pago, investigar sobre el dólar digital y otros fines (House of Representatives, 2023); en este proyecto no se hace ni una sola mención al concepto token. Sin embargo, una noticia que se hace eco de este proyecto de ley (Wilhelm, 2023) señala que los tokens ya existentes quedan protegidos con relación a la prohibición que establece la sección 106 a). Esta sección establece una moratoria en la que, durante dos años desde la promulgación de la ley, no será legal emitir, crear u originar una *stablecoin* endógenamente colateralizada que no exista previamente a esa fecha. De hecho, una *stablecoin* es una criptomoneda de valor estable (para minimizar la volatilidad habitual del valor de las criptomonedas) al estar vinculada a otra criptomoneda, a dinero de curso legal o a materias primas. De este modo, este autor define token implícitamente como *stablecoin* endógenamente colateralizada, es decir, una *stablecoin* garantizada por activos externos. En nuestra opinión estamos ante figuras híbridas, como la que expondremos al hablar de Ethereum.

El problema de no delimitar estas acepciones lleva a confundir el término token con moneda digital, y tokenización con economía digital, lo que convierte al token en sinónimo de activo digital o virtual y lleva a un uso confuso y ambiguo de los términos. Esta noción lleva a confundir el concepto «token» y el concepto «moneda».

En la operación de distinguir los términos debemos destacar la posición de Maurer (2019, p. 220), que plantea cómo Ethereum y los contratos inteligentes han cambiado la naturaleza de la economía digital y han ayudado a diferenciar *coins* de *tokens* sin establecer, no obstante, límites claros entre las dos figuras.

El interés del trabajo de Maurer (2019) está en que trata distinguir los términos *token* y *coin* en el lenguaje digital. Plantea la diferencia entre las criptomonedas y los tokens: mientras las primeras se limitan al ámbito electrónico y son inseparables de la tecnología y su base de datos descentralizada, los tokens debemos vincularlos con los contratos inteligentes. Este el caso de ether, que permite conectar el token con la economía real, mientras que la moneda digital (bitcoin) queda como herramienta de intercambio monetario dentro del sistema que la haya adoptado. Aunque acepta el uso de token para las monedas (al utilizarlo), afirma que en el caso de ether cambia su naturaleza y estamos ante tokens. De este modo, el elemento determinante para Maurer en la distinción *coin/token* es su conexión con la economía real, aunque no permite realizar una delimitación clara.

Adicionalmente, Maurer afirma que el token *blockchain* no debe ser entendido como una moneda, sino como una recompensa de los mineros (realizan el minado de los bloques), que puede tener o no valor económico. De hecho, esboza nuestra posición (Maurer, 2019, p. 221) al señalar que existe una discusión respecto a si un token debe ser considerado moneda con un valor o como una parte interna de un sistema de asignación de recursos para lograr otro objetivo. Discusión que lleva a la frontera entre los tokens de capital, que funcionan como acciones y proporcionan a su titular una participación en el capital de la empresa que los emite, y los tokens de utilidad, que funcionan como una promesa de acceso a la futura funcionalidad de una empresa (como un cupón).

Se abre aquí otra forma de comprender la relación que puede generar el *blockchain* transformado en token. En este sentido puede ser considerado como «contrato», que interpretamos en términos más amplios, como «vínculo jurídico». Explica así funciones no económicas como el token de voto. Maurer (2019, p. 223) pone de relieve que los entusiastas de *blockchain* hacen referencia a términos como «ágora» (el proyecto Ágorablockchain para elecciones), oráculo (Blockchain Oracle) y token; todos ellos, en referencia a la antigua Atenas (que utilizaba tokens, pequeñas piezas de arcilla y bolas negras o blancas en las votaciones del ágora). Estamos ante una finalidad ideológica de acentuar la visión de «colectividad descentralizada» tomando términos del ideal ateniense.

Debemos recoger aquí la teoría de que la expansión y uso del término, más que en un contenido semántico propio, encuentre su fundamento en estrategias de comunicación de la ideología libertaria que toma este término de la democracia ateniense e, incluso, en la apuesta por la demarquía de Hayek, en oposición a la democracia entendida como concentración de privilegios entre partidos e intereses organizados. Pero este uso de token no tiene contenido económico (necesariamente), sino más bien político-ideológico. Maurer (2019, p. 227) plantea que los tokens digitales son una lectura moderna y libertaria de los sistemas de token antiguos con una concepción ferozmente individualista, monetaria y de mercado, a la vez que están animados por un compromiso de singularidad y distinción radical.

Esta interpretación ayuda a explicar algunos usos notablemente ambiguos e indeterminados del término token, fruto de una narrativa ideológica que lejos queda de las categorías jurídico-económicas que nos interesan. Todo ello, incentivado en la noción de confianza que está ínsita en la tecnología *blockchain* y su autoproclamada inmutabilidad.

La intencionalidad ideológica del término puede explicar la aceptación de este y la generalización de su uso. Es frecuente la ambigüedad de los términos *coin* y *token*, pero el problema semántico para realizar una interpretación jurídica persiste. Esta confusión está en el carácter fiduciario del término token, que se ha desdibujado con el dinero fiduciario estatal. En expresión del Banco Central Europeo, «la moneda fiduciaria es una moneda sin valor intrínseco que obtiene su valor de la confianza que los usuarios depositan en el emisor de la moneda» (BCE, 2015, p. 33) y que encuentra eco en algunas definiciones ya señaladas de token. Si consideramos que el elemento fiduciario es el elemento semántico esencial, la única diferencia estaría en si el emisor es un Estado soberano o no lo es, y llevaría a hablar siempre de token o moneda de forma indistinta.

En otras palabras, el problema semántico está (y esta cuestión tiene una gran relevancia práctica al acudir al entorno digital) en si tomamos como elemento nuclear del concepto token la acepción de «pieza parecida a una moneda emitida como dinero por alguna persona u organismo distinto a un gobierno *de iure*» o si el centro lo ocupa la función de «símbolo, garantía», ambas presentes en la definición analizada (Merriam-Webster, s. f.). En realidad, el dinero como concepto sigue siendo un símbolo o garantía (dado el carácter fiduciario habitual del dinero de curso legal), puesto que el dinero es esencialmente un pacto fiduciario

de valor (especialmente desde el abandono definitivo del patrón oro por Estados Unidos durante la Administración Nixon). El problema, y tiene gran importancia, está en que, si ponemos el acento en el elemento fiduciario del dinero digital (que carece de respaldo institucional), este elemento es compartido con el dinero fiduciario estatal; la única diferencia entre ambos está en el sujeto que lo emite y en el respaldo estatal y legal detrás de ese dinero.

Esta solución no nos satisface. Por ello, sigue siendo necesario distinguir entre moneda digital, como el bitcoin, de token digital. Nuestra posición pone el acento en el elemento simbólico (no en el fiduciario). Así, la moneda tiene un valor en sí misma. Si tiene un valor en sí misma no es un token, ya que no simboliza nada. De hecho, una criptomoneda como el yuan digital ¿es un token?; es una criptomoneda emitida por un banco central. No encaja en ningún caso con la noción de token (que por definición no es emitida por un organismo estatal con potestad de emisión). Sin embargo, ¿no es técnicamente igual y cumple la misma función que una moneda digital no oficial? Por ello afirmamos que una criptomoneda no es necesariamente un token.

Añadamos un argumento más a esta posición. ¿Qué simboliza o representa una criptomoneda como el bitcoin? Nada. No hay ningún activo detrás, no hay ningún activo de la economía real detrás de su cotización. Es decir, la criptomoneda cotiza y su valor fluctúa en función de la demanda, como un bien más, y funciona como unidad monetaria dentro de su sistema. No es un símbolo de otra cosa. Si fuera símbolo de otra cosa, su valor dependería de aquello que representase, que a su vez sería garante de su valor.

Esta argumentación es coherente con el hecho de que tokenizar activos es «la representación digital de un activo del mundo real» (Schueffel *et al.*, 2019, *tokenization*). ¿Qué valor del mundo real hay en el bitcoin? Ninguno. Por ello, debemos desvincular la noción «token» y su familia léxica de la noción «criptomoneda».

Nuestra posición es completamente coherente con las definiciones aportadas por Schueffel *et al.* (2019), quienes definen «token» como:

criptomonedas que se crean y contabilizan en sistemas DLT (*Distributed Ledger Technology*) y representan un activo, un derecho de uso o una unidad de valor emitida por una organización a través de ICO (*Initial Coin Offering*), ITOs (*Initial Token Offering*) o venta privada. A menudo, los tokens no utilizan sistemas DLT propios, sino que utilizan otras *blockchains* de criptomonedas, normalmente Ethereum [negamos que todas las criptomonedas sean tokens, pero los tokens sí utilizan la *blockchain* de una criptomoneda].

Nuestra posición se ve confirmada cuando vemos que el bitcoin se utiliza en la red bitcoin para funcionar como moneda; se distingue así de otras figuras como ether, otra criptomoneda, que supera el concepto de uso «monetario» (Buterin, 2014). Ether deja de ser un medio de pago en sí mismo para poder ser un símbolo de un negocio jurídico subyacente. El primero,

el bitcoin, tiene valor en sí mismo, mientras ether tiene tanto valor en sí mismo como valor en referencia a aquello que represente.

De este modo, la cuestión se complica por la diversidad de criptomonedas existentes. Mientras el bitcoin es la moneda que utiliza la red Bitcoin para funcionar y tiene valor en sí misma dentro de su red, tenemos criptomonedas mucho más complejas. Este es el caso de ether, que es la moneda de su red, Ethereum. Ether es moneda; es, de hecho, la segunda moneda digital en importancia tras bitcoin, pero, además de ser la unidad monetaria de esa red, es algo más. Ethereum (como sistema) se diseña para crear y gestionar *smart contracts*, moviendo dinero según una condición. Su moneda es ether y se utiliza tanto como moneda, para pagar a los ordenadores descentralizados, como para tokenizar. Debido a que cada ether ofrece una cadena de bloques con un lenguaje de programación Turing, que se puede utilizar para crear «contratos» (Buterin, 2014, p. 1). Entrecorramos contratos porque lo que crea no son solo *contracts*, sino relaciones jurídicas en el más amplio sentido del término. Unas relaciones que sí proceden del mundo real. De este modo, ether (y cualquier criptomoneda vinculada a activos reales) conecta la economía digital y la real y se convierte en token, en símbolo de lo representado.

Esta diferenciación también se aprecia a nivel técnico. Mientras las criptomonedas son activos digitales que tienen su propia *blockchain*, los tokens son activos digitales que incrustan, se graban, en una *blockchain*; no son la *blockchain* en sí. Es coherente con que las monedas tienen un valor en sí mismas, son almacén de valor, y los tokens son utilizados para descentralizar funciones (en este sentido se pronuncian múltiples guías; por todas, Crypto.com, 2022) y su valor depende de lo que representan.

Todo ello nos lleva a afirmar (únicos en la doctrina, en lo que conocemos, y que a su vez explica la confusión entre los términos *coin* y *token*) el carácter híbrido de algunas criptomonedas como ether, que pueden funcionar simultáneamente como moneda y como token. Es decir, estamos ante un instrumento híbrido que es simultáneamente dos cosas, y el potencial elusor que plantea este tipo de figuras desde la perspectiva tributaria es total.

Intentemos decirlo en otras palabras. El bitcoin es una moneda digital y en sí misma tiene un valor identificable. No es símbolo de algo con valor, que es elemento central de la semántica de token, sino un valor en sí mismo. Además, la criptomoneda cuenta con su propia *blockchain*, nace en ella y no se puede separar de ella. Mientras el token es símbolo o representación de otra cosa, su valor depende de lo que representa. Esta diferenciación se refleja a nivel técnico; el token se graba en una *blockchain*, pero es ajeno a ella. Esto contrasta con un uso generalizado que confunde categorías y complica notablemente la posterior calificación jurídico-tributaria. En esta dualidad, para complicar las cosas, debemos añadir las figuras híbridas, una hibridación de moneda y token, como ejemplifica el caso de ether.

En definitiva, podemos detectar un uso amplio del término, que abarca toda representación digital (con valor o sin él), pasando por un uso medio, que lo vincula con todas las

monedas digitales con o sin respaldo, hasta llegar a su sentido más estricto y en nuestra opinión el preferible; representación digital en una estructura *blockchain* de un derecho o activo del mundo real. Este panorama se complica con las figuras híbridas, que son monedas y token simultáneamente.

Esta interpretación que hacemos también es admisible su encaje en la definición de criptoactivo del reglamento relativo a los mercados de criptoactivos (que analizaremos después con mayor detalle), que en su artículo 3.1 define «criptoactivo» como «una representación digital de valor o derechos que pueden transferirse y almacenarse electrónicamente, utilizando la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar». Vemos que aquí criptoactivo es utilizado como concepto general, dentro del cual encontramos representaciones digitales de valor (en referencia a la criptomoneda) y representaciones digitales de derechos (token). Encuentra así apoyo la definición que proponemos; la moneda representa valor porque implica que tiene un valor en sí misma, el token tiene su valor referenciado al derecho que simboliza.

De este modo, el concepto de «tokenización» que asumimos en este trabajo es el estricto, que definimos como la representación simbólica de activos del mundo real a través de fórmulas digitales para su negociación en el ámbito digital. Token es esa representación digital del activo (digital o no). Un activo que, como tal, es negociable y transmisible y se convierte en un elemento más de intercambio económico que incrementa la importancia de la economía digital y su conexión con la economía real hasta llegar a ser lo mismo.

4. Tokens y tokenización: tipos y funciones en la regulación de la Unión Europea

Hemos delimitado el ámbito conceptual de tal modo que entendemos token como símbolo y tokenización como el proceso de representar (simbolizar) digitalmente activos. No obstante, los problemas conceptuales apuntados se extienden a la hora de establecer tipologías de tokens en función de sus características y funciones. Hasta cierto punto, esta diversidad de figuras es fruto y a la vez fomenta la confusión conceptual, un círculo vicioso.

Entre las tipologías que suelen establecerse destaca la distinción básica entre token fungible y no fungible. Esta diferenciación es en realidad fruto de la confusión conceptual ya señalada, ya que el token fungible incluye en ocasiones criptomonedas como bitcoin (que en nuestra opinión no deben ser consideradas token) y se ve fomentada por definiciones imprecisas.

Nuestra posición coincide con Schueffel *et al.* (2019), quienes definen «fungible» como la cualidad de un activo que denota que puede ser intercambiado por otro de tipo similar o idéntico sin pérdida significativa para el tenedor; «NFT» (*non fungible token*) es definido como aquel token que contiene una información única (a veces considerados tokens coleccionables);

esa información única hace referencia a la capacidad de incorporarla a la cadena *blockchain*, como vimos que permite el caso de Ethereum. La falta de distinción que señalamos entre moneda y token la vemos ahora reflejada en la distinción entre tokens fungibles (que funcionan como moneda, y podrían ser tokens, símbolo, por ejemplo, de moneda oficial) y tokens no fungibles (que entendemos como los tokens propiamente dichos).

En realidad, las clasificaciones son muy variadas y cambiantes, ya que vienen a intentar clasificar los tokens en función de su naturaleza y la constante aparición de nuevas variantes. Por ello, contamos con múltiples clasificaciones que establecen extensos listados y combinan variados criterios clasificadores que generan largos elencos de tipos (Freni *et al.*, 2020, p. 4). Dada la naturaleza poliédrica de los tokens, que es puesta de manifiesto por toda la doctrina, un examen doctrinal excede de nuestro objetivo y no es viable por razones de espacio.

En su lugar consideramos más interesante un análisis del tratamiento europeo de este tipo de figuras, pues permite apreciar los usos a los que la normativa europea está prestando mayor atención. De hecho, lo habitual en el ámbito europeo es la referencia a los criptoactivos, como término más genérico que engloba tanto tokens como criptomonedas. La expresión *token* la encontramos traducida al español en la normativa y documentación europea como «ficha».

Esta normativa centra el interés de los tokens en su función financiera y su objeto es la regulación de esta actividad. En palabras de Berger, las emisiones de criptoactivos simplifican:

Los procesos de captación de capital e intensifican la competencia, pueden suponer una forma más barata, menos gravosa y más inclusiva de financiar a las pequeñas y medianas empresas. En cuanto a las fichas de pago, cuando éstas se usan como medio de pago, pueden brindar la oportunidad de realizar pagos más baratos, rápidos y eficientes, en particular a nivel transfronterizo, dado que se limita el número de intermediarios (Berger, 2022 apdo. 2).

La norma que en estos momentos regula el ámbito cripto de forma general es el recientemente aprobado proyecto de Reglamento europeo COM (2020) 593 final 2020/0265 (COD), relativo a los mercados de criptoactivos (MiCA), aprobado el 20 de abril de 2023. Este reglamento es de aplicación general, ya que se aplica (art. 2) a «toda persona que emita criptoactivos o preste servicios relacionados con los criptoactivos en la Unión», aunque con exclusiones concretas o por la identificación del token con categorías ya reguladas por normativa especial.

Berger, informante del citado proyecto de reglamento, define «criptoactivo» como:

un activo que depende principalmente de la criptografía y la TRD (tecnología de registro distribuido) o una tecnología similar como parte de su valor percibido o inherente, que no está emitido ni garantizado por un banco central o una autoridad

pública y que puede utilizarse como medio de intercambio o con fines de inversión (Berger, 2022, apdo. 2 bis).

El problema es que la diversidad de criptoactivos facilita que algunos tipos se incluyan dentro de definiciones ya establecidas por otras normas (Berger, 2022, apdo. 3) y, por ello, serán objeto de exclusión en el artículo 7.3 del reglamento, que remite a la normativa específica en cada caso. De este modo, este reglamento tiene carácter general y viene a cubrir el vacío existente, dado que la mayor parte de los criptoactivos quedaban fuera del ámbito de la legislación de la Unión en materia de servicios financieros.

El informe de Berger al reglamento europeo sobre mercado de criptoactivos realiza una interesante clasificación de los tokens. Clasificación que es incorporada como criterio básico del propio reglamento y por el que se definen tres tipos básicos de criptoactivos (Berger, 2022, apdo. 9), que son asumidos en el artículo 3 del reglamento:

- El primero son criptoactivos cuya finalidad es dar acceso digital a un bien o servicio (*utility token*) aceptado únicamente por el emisor. Lo encontramos en el artículo 3.5 del reglamento, «ficha de servicio: un tipo de criptoactivo usado para dar acceso digital a un bien o un servicio, disponible mediante TRD, y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión».
- El segundo tipo son las «fichas referenciadas a activos» (*asset-referenced token*). Su finalidad es mantener un valor estable y su función es medio de pago o depósito de valor. En el artículo 3.3 del reglamento:

Ficha referenciada a activos: un tipo de criptoactivo que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de varias monedas fiat de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios criptoactivos, o una combinación de dichos activos.

- La tercera categoría de Berger está compuesta por tokens cuya finalidad es la de ser utilizados como medio de pago, para lo cual se estabiliza su valor referenciándolos a una única moneda fiat. Función similar al dinero electrónico. Los define como «fichas de dinero electrónico» (*electronic money token*). En el artículo 3.4 del reglamento:

Ficha de dinero electrónico: un tipo de criptoactivo cuya principal finalidad es la de ser usado como medio de intercambio y que, a fin de mantener un valor estable, se referencia al valor de una moneda fiat de curso legal.

No obstante, finaliza Berger señalando que «los usos en la práctica de los diversos tipos de criptoactivos son, en la mayoría de los casos, difíciles de predecir en un mercado emergente y que innova con rapidez», y añade:

Debe adoptarse un enfoque objetivo a la hora de definir si una ficha es un instrumento no financiero y, por tanto, está sujeta al presente Reglamento, o un instrumento financiero y, por tanto, está sujeta a otro acto legislativo de la Unión aplicable en materia de mercados e instrumentos financieros.

Este extremo es relevante, ya que buena parte de los supuestos de tokens/fichas no fungibles se quedarían fuera de esta regulación, que está orientada de forma específica al funcionamiento de este nuevo mercado financiero.

El propio Berger destaca, en relación con las fichas no fungibles, la diversidad de derechos que pueden incorporar, y considera que:

El presente Reglamento sólo debe aplicarse a los criptoactivos que puedan transferirse entre titulares sin el permiso del emisor. No ha de aplicarse a los criptoactivos que sean únicos y no fungibles con otros criptoactivos, que no sean fraccionables y solo sean aceptados por el emisor, incluidos los programas de fidelización de comerciantes, que representen derecho de propiedad intelectual o garantías, que certifiquen la autenticidad de un activo físico único, o que representen cualquier otro derecho no vinculado a los que comportan los instrumentos financieros, y que no se admitan a negociación en una bolsa de criptoactivos. Las partes fraccionarias de un criptoactivo único y no fungible no deben considerarse únicas y no fungibles. [...] tampoco se aplica el presente reglamento a los criptoactivos que representan servicios o activos digitales o físicos que son únicos, indivisibles y no fungibles, como las garantías de productos, los productos o servicios personalizados o los bienes inmuebles. Sin embargo, el presente Reglamento debe aplicarse si la ficha no fungible concede a sus titulares o sus emisores derechos específicos vinculados a los de los instrumentos financieros, como derechos de participación en los beneficios u otros derechos. En esos casos, las fichas deben poder ser evaluadas y tratadas como «fichas valor» (*security tokens*) y estar sujetas, junto con el emisor, a diversos requisitos del Derecho de la Unión en materia de servicios financieros (Berger, 2022, apdo. 8 bis).

En este punto, el informe ya señala los problemas de regulación y la necesidad de normativa adicional respecto a este ámbito. De hecho, Berger (2022, apdo. 8 ter), ante la exclusión material apuntada, señala que para los:

Criptoactivos que son únicos y no fungibles con otros criptoactivos, que no son fraccionables y solo son aceptados por el emisor, que representan derechos de propiedad intelectual o garantías, o que certifican la autenticidad de un activo físico único como una obra de arte o representan cualquier otro derecho no vinculado a los que comportan los instrumentos financieros, y que no son admitidos a negociación en un mercado de criptoactivos, es necesario sopesar si la Comisión debe proponer un régimen a medida a escala de la Unión.

Esto contrasta con la generalidad ya señalada que plantea el artículo 2.1: «se aplicará a toda persona que emita criptoactivos o preste servicios relacionados con los criptoactivos en la Unión». A pesar de esta generalidad inicial, el reglamento se limita a la oferta pública de criptoactivos o su admisión en plataformas de negociación. Este reglamento se convierte en la norma general del uso de los criptoactivos en el ámbito financiero y establece normas para emisores de criptoactivos y proveedores de servicios a nivel de la Unión. Es decir, se centra en la utilidad de los criptoactivos como vía de financiación e inversión y movidos por la protección de los consumidores. De hecho, su interés parece estar más en las criptomonedas (en concreto, en las criptomonedas estables que están garantizadas por depósitos en moneda oficial y que reciben un tratamiento similar al dinero electrónico) que en los tokens propiamente dichos.

El propio reglamento, dado su carácter general dentro del ámbito financiero, remite (art. 7.3) a la normativa específica en el caso de que el criptoactivo concreto se considere instrumento financiero (art. 4.1.15 de la Directiva 2014/65/UE), dinero electrónico (art. 2.2 de la Directiva 2009/110/CE), depósito (art. 2.1.3 de la Directiva 2014/49/UE), depósito estructurado (art. 4.1.43 de la Directiva 2014/65/UE) o titulizaciones (Reglamento (UE) 2017/2402). De hecho, si añadimos estos supuestos a la clasificación, el resultado es una clasificación de ocho tipos de token.

La relevancia de estas tipologías está en que anticipan la conveniencia de establecer tratamientos fiscales diferenciados en función del tipo de token; según su función específica, del mismo modo que en el ámbito financiero se regulan por su función.

Sin embargo, de las tres (u ocho) categorías manifestadas no apreciamos que ninguna de ellas incluya el modelo de hibridación apuntado para Ethereum. Figuras híbridas que pueden ser consideradas simultáneamente token fungible y no fungible. No obstante, deberemos integrarlas sobre la base de que el considerando octavo del reglamento señala que la legislación debe definir los criptoactivos «de la manera más amplia posible, a fin de abarcar todos los tipos de criptoactivos que actualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la legislación de la Unión en materia de servicios financieros»; así como contribuir en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Desde esta perspectiva, el reglamento regula las ofertas públicas de criptoactivos distintas a tokens referenciados a activos y fichas de dinero electrónico; sus comunicaciones publicitarias y los derechos de los consumidores (como el desistimiento, el asesoramiento o contar con procedimiento de tramitación de reclamaciones); y las obligaciones de los emisores de tokens referenciados a activos y de los emisores de fichas de dinero electrónico (debe estar autorizado como entidad de crédito).

Lo que persigue el reglamento es dar seguridad jurídica y establecer una trazabilidad de los valores que se admitan a cotización. Permite realizar un registro de valores cotizados en el ámbito cripto para su verificación por las autoridades y comienza a establecer cautelas

de control sobre esta actividad. En lenguaje coloquial, podríamos decir que intenta poner puertas al campo dotando de mejor posicionamiento en este ámbito a las entidades financieras tradicionales, aunque admitiendo nuevas empresas especializadas.

Hasta aquí podría parecer que la relevancia del reglamento es escasa para el ámbito tributario. Sin embargo, establece unos principios y marca el camino que desarrollará la futura normativa, además de que aprovecha la regulación del mercado financiero para, desde esa regulación, acometer el control (también tributario) de cualquier actividad conexa a criptoactivos, aunque no estén dentro del ámbito del reglamento; por ejemplo, algunos elementos, como deber de información y colaboración con autoridades tributarias, que analizamos inmediatamente.

Actividades dentro de este supuesto de no aplicación del reglamento, pero que sí son incorporadas a los efectos de control, son las que aparecen en forma de exclusiones de una serie de sujetos previstos en el artículo 2.3. Entre otros, se excluye a empresas de seguros, liquidadores o administradores en procedimientos de insolvencia y personas que presten servicios de criptoactivos exclusivamente a sus empresas matrices, a sus filiales o a otras filiales de sus empresas matrices (aspecto que es muy relevante por el potencial que plantearemos posteriormente de uso de los tokens como vía de erosión de la base imponible en operaciones vinculadas).

Por ello, debemos destacar el afán de control que se extiende al control tributario. Este control se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 58, al establecer obligaciones de información que van más allá del objeto del reglamento. Por ejemplo, se establece la obligación de que los proveedores de servicios de criptoactivos que se propongan prestar servicios en más de un Estado miembro deberán incluir, entre otros, (art. 58.1 c), «una lista de cualesquiera otras actividades realizadas por el proveedor de servicios de criptoactivos no contempladas en el presente Reglamento» (es decir, más allá de la función financiera).

Se incluyen de hecho las autoridades tributarias de forma explícita. Los artículos 85 y 110 establecen la obligación de cooperación con las autoridades tributarias cuando un emisor de «fichas significativas referenciadas a activos» o «emisor de fichas significativas de dinero electrónico» (emisores de criptoactivos o proveedores de servicios) realice actividades distintas a las contempladas en el reglamento.

El artículo 90 habilita a los Estados miembros a celebrar acuerdos de cooperación con las autoridades de supervisión de terceros países en relación con intercambios recíprocos de información. Esta previsión genera interés, puesto que abre una nueva vía de intercambio de información en el ámbito de la cooperación internacional y que, aunque se vehicula a través de las autoridades competentes en esta materia, podrá tener relevancia fiscal dada la obligación de cooperación.

Otras medidas y prohibiciones son de naturaleza estrictamente financiera, como las prohibiciones para prevenir el abuso de mercado, el uso de información privilegiada o la

manipulación del mercado (arts. 76 y ss.). A lo que se suman las sanciones administrativas que, admitiendo la opción de sanción penal por parte de los Estados miembros, se regulan en los artículos 92 a 97.

También es muy relevante a nivel tributario el artículo 69, referente a los proveedores de criptoactivos autorizados para canjearlos por moneda fiat u otros criptoactivos. Constituye un servicio esencial de conexión de la economía real con el entorno cripto la transformación del dinero fiat a criptoactivo y viceversa. El artículo 69.4 establece que «los proveedores de servicios de criptoactivos autorizados para canjear criptoactivos por moneda fiat u otros criptoactivos publicarán los detalles de las órdenes y las operaciones realizadas por ellos, incluidos los volúmenes y precios de las operaciones». Su relevancia fiscal es evidente y supone un punto de control esencial ante usos irregulares del entorno cripto (además de que elimina notablemente el gran mantra del anonimato de estos instrumentos).

De este modo, podemos apreciar la relevancia tributaria del reglamento de mercados de criptoactivos (MiCA). La perspectiva tributaria ya es tenida en cuenta en este reglamento europeo y se integra plenamente en estas medidas. Establece controles del punto principal de conexión entre la economía real y la digital, los proveedores autorizados para canjear criptoactivos y la moneda fiat; recurre al instrumento tradicional en fiscalidad internacional de establecer acuerdos de intercambio de información específicos y dispone la obligación de colaboración con las autoridades tributarias, tanto a los efectos contemplados en el reglamento como a otras operaciones no contempladas.

Un conjunto de medidas que manifiestan que este reglamento europeo sobre mercados de criptoactivos (aún no publicado en el boletín oficial, aunque aprobado en Parlamento en el momento de redactar estas líneas) constituye el primer gran paso normativo ante la relevancia del ámbito cripto en la economía en general y desde la perspectiva tributaria en particular. Un gran paso que se acompaña de las medidas que los Estados miembros ya están tomando.

5. Fiscalidad de la tokenización en España

La fiscalidad de la tokenización ha requerido profundizar en el problema conceptual, ya que de su naturaleza jurídica depende el tratamiento fiscal subsiguiente. La noción de criptomonedas es, como hemos visto, la más amplia, en la que se deben incluir tanto las criptomonedas como los tokens. No obstante, la habitual expresión de las resoluciones de la Dirección General de Tributos (DGT) en este ámbito («a la fecha de la presente consulta no existe una definición legal de criptoactivo») ya no es asumible a partir de la aprobación del reglamento estudiado.

El ámbito de las criptomonedas ha recibido hasta ahora mayor atención que los tokens por parte de la DGT, la jurisprudencia y la doctrina. De hecho, la actividad criptomonetaria

incluye muchas otras actividades susceptibles de estudios específicos. En este sentido, tenemos la sujeción y exención al IVA de actividades netamente criptomonetarias como el minado (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–, asunto C-263/14, David Hedqvist; y Consultas de la DGT como V3625/2016, de 31 de agosto –NFC060985–; así como la exención de los servicios financieros vinculados a ellas, V1028/2015, de 30 de marzo –NFC053947–; V2034/2018, de 9 de julio –NFC069908–; el *staking* (validación y creación de bloques, alternativo a la minería), cuyas rentas se califican como rendimientos de capital mobiliario en contraste con el minado (Consulta V1766/2022, de 26 de julio –NFC083494–); o el reiterado tratamiento como renta del ahorro de las ganancias que se generen a partir de ellas (Consultas V2616/2022, de 23 de diciembre –NFC084715–; V2520/2022, de 7 de diciembre –NFC084688–; V2412/2022, de 22 de noviembre –NFC084454–; V2179/2022, de 17 de octubre –NFC084124–; V2005/2022, de 20 de septiembre –NFC083987–; y V0975/2022, de 4 de mayo –NFC082878–, entre otras). También cabe mencionar las dificultades que manifiesta la Consulta V1579/2022, de 30 de junio (NFC083165), para cumplir los requisitos establecidos en el artículo 14.2 k) de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) a efectos de deducción de pérdidas en este tipo de inversión o su consideración como un medio de pago atípico y su identificación con lo dispuesto en el artículo 135.1 d) de la Directiva 2006/112 (Consulta V2846/2015, de 1 de octubre –NFC056308–). En fin, un conjunto de supuestos que no encontramos, al menos en los mismos términos, en el ámbito de la tokenización.

Esta postergación de la tokenización se refleja a nivel normativo en la incorporación de la obligación de suministrar información sobre criptomonedas en el IRPF (Ley 11/2021, disp. adic. decimotercera.6 y 7 y decimoctava.1 d) y 2 d). Así como el reciente Real Decreto 249/2023, de 4 de abril, que desarrolla reglamentariamente estas obligaciones informativas en el IRPF, el impuesto sobre sociedades (IS), el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD) y el impuesto sobre el valor añadido (IVA). Esta normativa excluye (u olvida) los tokens; de hecho, el concepto de «moneda virtual» (art. 39 bis) remite al artículo 1.5 y 6 de la Ley 10/2010, de prevención de blanqueo de capitales; norma que define «moneda virtual» como:

Aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente.

Sorprendentemente, esta obligación de información no incluye los tokens, que con esa definición por remisión quedan completamente excluidos. Podrían haber optado por usar, como hacen la normativa europea y la normativa nacional (por ejemplo, la Ley 6/2023, de los mercados de valores y servicios de inversión), el término «criptoactivos» (noción más general y omnicomprendensiva), pero han optado por centrarse solo en las criptomonedas excluyendo los tokens (incita a pensar que, si surgen problemas con tokens no declarados, Hacienda

opte por construir una definición que confunda nuevamente criptomoneda y token en contradicción con el referido reglamento MiCA, y que podrá ser contestada en los tribunales).

La tokenización ha recibido una atención menor (solo contamos al momento de escribir estas líneas con siete pronunciamientos de la DGT: Consultas V0766/2021, de 31 de marzo –NFC079502–; V2834/2021, de 16 de noviembre –NFC081556–; V2274/2022, de 27 de octubre –NFC084273–; V0486/2022, de 10 de marzo –NFC082467–; V1753/2023, de 15 de junio –NFC086480–; V0078/2024, de 15 de febrero –NFC088385–; y V0479/2024, de 19 de marzo –NFC088833–; y sin pronunciamientos judiciales en materia tributaria).

En nuestra opinión, la versatilidad del token es mayor que en el ámbito estricto de las criptomonedas, especialmente si tenemos en cuenta la existencia de figuras híbridas como Ethereum. De hecho, la función financiera, como hemos señalado, es una función que pueden compartir criptomonedas y tokens y, en la medida en que se configure de forma idéntica, su régimen jurídico deberá ser el mismo. El problema es la mayor versatilidad que presenta la tokenización, al configurarse como vía de conexión entre la economía digital y la real.

La DGT, en la Consulta V2834/2021, de 16 de noviembre (NFC081556), señala precisamente, para el caso de los tokens, que:

Para poder determinar la calificación fiscal de un activo virtual es necesario efectuar para cada caso concreto un examen de los derechos o facultades que otorga a su titular, con independencia de la denominación que le haya dado el propio consultante o la entidad emisora.

En idéntico sentido que la Consulta V0766/2021.

En la misma línea, las Consultas V2274/2022, de 27 de octubre (NFC084273), y V0486/2022, de 10 de marzo (NFC082467), señalan que los tokens no fungibles no participen de la naturaleza de las criptomonedas y demás divisas digitales al no configurarse como divisas ni tratarse de bienes fungibles.

Esta determinación de la función en cada caso del token, que limita un tratamiento uniforme y genera inseguridad jurídica, también la encontramos en las Consultas V1753/2023, de 15 de junio (NFC086480), y V0479/2024, de 19 de marzo (NFC088833). Estos dos casos, limitados a aspectos digitales, contrastan con la Consulta V0078/2024, de 15 de febrero (NFC088385), en la que el token sí se conecta con la economía real, ya que el token está respaldado por oro o plata; en este caso, «el token fungible objeto de consulta actuaría como título representativo de los bienes (el oro o la plata) [...] de modo que su transmisión [...] constituiría una entrega de bienes».

Se abre ante nosotros una casuística casi infinita, imposible de abarcar en estas páginas. Por ello intentaremos estructurar algunas de las calificaciones que parecen más relevantes desde una perspectiva práctica.

5.1. Instrumento financiero y tratamiento contable

Esta función ya ha sido planteada desde la perspectiva del Reglamento MiCA; no obstante, debemos considerar la importancia específica de la tokenización de estos instrumentos en el tráfico mercantil.

La norma de registro y valoración 9.^a del Plan General de Contabilidad (–PGC– Real Decreto 1514/2007) define «instrumento financiero» como «un contrato que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra empresa». Un concepto que integra tanto activos financieros (como préstamos y créditos concedidos, clientes y deudores, valores de deuda de otras empresas, obligaciones, bonos, pagarés; instrumentos de patrimonio de otras empresas adquiridos, permutas financieras) como su versión pasiva, como deuda.

Buena parte de los activos y pasivos financieros señalados pueden vehicularse a través de tokens. De hecho, la definición del instrumento financiero como contrato queda obsoleta por no incorporar en su noción los *smart contracts* y la potencial tokenización de ese tipo de figuras. Figuras que deberán incorporarse en el futuro al PGC.

De hecho, la tokenización también puede incluir derivados financieros, como instrumentos financieros cuyo valor cambia en función de cambios variables (tipos, precios, materias primas, tipos de cambio, calificaciones crediticias, etc.), que pueden no requerir una inversión inicial o ser inferior a la de otros contratos o liquidarse en fecha futura. Todo ello en función de cómo se configure el *smart contract* o el token.

El problema de no recoger la tokenización en esta norma desde la perspectiva fiscal es el impacto que tienen en el ámbito tributario la información y los estados financieros. Señala el preámbulo de la Ley del IS que «el resultado contable sigue siendo el elemento nuclear de la base imponible y constituye un punto de partida clave en su determinación», y el vigente artículo 10.3 de dicha norma indica que:

En el método de estimación directa, la base imponible se calculará, corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

De este modo, una modificación tan sustancial como el nacimiento de un nuevo tipo de instrumento financiero (que en realidad asume todos los existentes en una nueva fórmula) tiene una influencia directa en el IS. Además, los problemas no terminan aquí. Una opción del legislador es regular de forma autónoma los tokens, o bien integrarlos en cada caso, en función de sus características, en las categorías ya existentes. En este último caso,

tendríamos el problema teórico de tokens que no encajasen en ninguna de las categorías preestablecidas o que encajen en varias simultáneamente; para ello, sería conveniente establecer una cláusula de cierre, o bien, una norma en cascada que determine la categoría prevalente, y probablemente la normativa tributaria deberá realizar ajustes extracontables con base en tales consideraciones.

Este contexto se complica con la existencia de las figuras híbridas ya apuntadas (Ethereum), que combinan carácter monetario y obligación contractual en su interior. Estas figuras se mezclan con la de «instrumento financiero híbrido», definidos en el PGC como «aquellos que combinan un contrato principal no derivado y un derivado financiero, denominado derivado implícito, que no puede ser transferido de manera independiente ni tiene una contraparte distinta al instrumento», pero el carácter híbrido de una criptomoneda-token como ether no encaja en esta definición, ya que será el contenido del contrato el que pueda ser un «instrumento financiero híbrido». El instrumento financiero híbrido será el token, que se integra en una criptomoneda, como ether, con valor propio y carácter híbrido. Tenemos así una especie de doble hibridación que podemos llamar «instrumento quimera» (para distinguirlo del carácter híbrido de las criptomonedas susceptibles de integrar tokens), con el que referenciamos la fusión de criptomoneda que integra un instrumento financiero híbrido como token.

Quizá sea conveniente un ejemplo de instrumento quimera, desde una perspectiva estrictamente teórica. Imaginemos una entidad que transmite un ether a cambio de una suma (el valor del ether), y en el que se integra un pagaré de devolución con un interés en el que además existe un derivado, la posibilidad de conversión de esa suma en acciones de la empresa.

El ámbito de la tokenización no está todavía previsto en el ámbito contable y es esencial para lograr una comparabilidad de la información financiera en el ámbito de las normas internacionales de contabilidad y de información financiera. No nos constan proyectos en este sentido (aunque podríamos considerar como tal la Ley modelo de la CNUDMI [UNCITRAL], sobre documentos transmisibles electrónicos, aprobada por el Pleno de la Comisión de Naciones Unidas el 13 de julio de 2017), pero resulta perentoria, ante la rapidez de expansión del fenómeno, la actualización de las normas contables tanto a la realidad criptomonetaria como, y especialmente, a la tokenización.

La tokenización de activos supone una revolución en el ámbito de los instrumentos financieros que hace necesario actualizar la normativa contable y tributaria. Esta actualización es esencial, ya que los principios contables son los que permiten medir la capacidad económica que se grava, aunque puedan matizarse por la legislación tributaria.

Nótese que de este simple apartado se abren debates sobre la posibilidad de tokenizar las múltiples figuras que son consideradas instrumentos financieros. Encontramos, por ejemplo, los títulos valores, las letras de cambio y los pagarés, especialmente. En las interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas suele señalarse esta función como

título valor de forma reiterada (junto al bien digital intangible y como medio de pago) (Pedreira Menéndez, 2018, p. 143). En este ámbito, el modelo de título en soporte papel se ve en la actualidad ampliamente rebasado. De hecho, la interpretación de una criptomoneda como título valor la encontramos en la Consulta V2846/2015, de 1 de octubre (NFC056308), en la que se califica el bitcoin como un medio de pago atípico por su especificidad y se remite a la Sentencia Granton Advertising (Sentencia del TJUE de 12 junio 2014, asunto C-461/12 –NFIJ054419–) concluyendo que las operaciones de enajenación de bitcoin quedan incluidas dentro del concepto «otros efectos comerciales» de la Ley del IVA.

El token es particularmente susceptible de funcionar como título valor. Unos títulos valores que también tienen relevancia tributaria, pues los pagarés suelen tener el tratamiento de rendimiento de capital mobiliario, con efectos en el IRPF y en el impuesto sobre el patrimonio (IP) al considerarse valores de cesión a terceros de capitales propios (art. 14).

De los títulos valores, obviando el potencial de figuras como la factura cambiaria o los títulos al portador, en los que se plantean problemas sobre cuestiones básicas como la posesión, podemos pasar a otras figuras mercantiles, como los documentos representativos de mercancías. Por ejemplo, la Ley de navegación marítima ya reconoce los efectos de la emisión y transmisión de conocimientos de embarque negociables en soporte electrónico con el mismo valor que los asociados a documentos en papel (art. 264).

En definitiva, el impacto de la tokenización de derechos se expande a otros ámbitos y arrastra al sistema tributario.

5.2. Rendimientos de capital mobiliario

Existe una tendencia en la Hacienda española a considerar los tokens de forma similar a las criptomonedas: como una forma de inversión cuya venta puede generar una plusvalía en el IRPF o en el IS.

Esta interpretación resulta atinada en múltiples supuestos, pero no en todos. Así lo demuestra la Consulta V2274/2022, de 27 de octubre (NFC084273), que dirime si la adquisición de los tokens pudiera constituir una cesión a terceros de capitales propios, ya que en ese caso concreto:

no lleva aparejada una expectativa de rendimiento financiero o ingreso de ningún tipo, no parece que vaya a tratarse de un activo reembolsable y no puede considerarse que las ventajas asociadas a la tenencia de los tokens que van a emitirse constituyan una retribución de una cesión a terceros de capitales propios.

De este modo, no es posible utilizar esta calificación como rendimientos de capital mobiliario para todos los supuestos que involucren tokens. Sin duda, será procedente en muchos

supuestos, pero no cubre todas las opciones que la tokenización plantea. Además, la inercia de considerar los tokens como una inversión en este sentido y la renta generada como rendimiento de capital mobiliario puede llevar a supuestos de erosión de bases imponibles encubriendo mediante aparentes transacciones de criptomonedas derechos incorporados de mayor cuantía.

El problema conceptual moneda-token ya apuntado está detrás de la tendencia a considerar que generan rendimientos de capital mobiliario de forma genérica. Este problema conceptual se manifiesta en la Consulta V0766/2021, de 31 de marzo (NFC079502), y tiene origen en la explicación del propio consultante, que habla de monedas virtuales denominadas *token equity* (sic), remitiendo la consulta a la necesidad de examinar de forma específica los derechos o facultades que otorga (si es que otorga alguno) a su titular para poder determinar su calificación a efectos tributarios.

5.3. Entregas de bienes o prestaciones de servicios (IVA)

El IVA ha sido ampliamente desarrollado en el ámbito criptomonetario. No obstante, el ámbito token también es susceptible al poder transmitir bienes o prestar servicios a través de la tokenización. De hecho, en el presente caso se produce la aparente exclusión del primer supuesto (entrega de bienes), dado que el bien en el ámbito token no se pone a disposición del comprador. Esto es consecuencia directa de la conceptualización de token que hemos realizado, puesto que, al ser símbolo, lo que se transmite, en el mejor de los casos, es el símbolo del bien que representa.

En materia del IVA es reveladora la Consulta V2274/2022, de 27 de octubre (NFC084273). Estamos ante el supuesto de un ilustrador que elabora y vende sus ilustraciones en formato token no fungible a través de una plataforma digital que utiliza *blockchain* y cuenta con una criptomoneda propia. Tras determinar que el sujeto puede ser considerado empresario o profesional, tiene problemas a la hora de determinar la naturaleza de la venta de los tokens y si son entrega de bienes o prestación de servicios.

En este punto se aprecian problemas conceptuales a la hora de definir token, distinguiendo token y archivo digital subyacente (nos hace pensar en una confusión entre tecnología utilizada y datos tokenizados). Ciertamente, se transmite el NFT (*non fungible token*), el símbolo del archivo y no el archivo en sí (aunque pudiera estar ese archivo inserto en el propio token). Esta configuración lleva a plantear dudas sobre el concepto de entrega de bienes (art. 8), configurado como «la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario». Ante estos problemas, la consulta acude a la definición de los servicios prestados por vía electrónica y se centra en «el suministro de productos digitalizados en general, incluidos los programas informáticos, sus modificaciones y sus actualizaciones». De esta forma, el arte digital concretado en tokens no fungibles es calificado como «servicios prestados por vía

electrónica» y deberá tributar al tipo general del IVA, al que también se encontrará sujeta la plataforma que facilita la venta.

No obstante, también se indica que, en el caso de que el establecimiento de la plataforma en línea que gestiona la venta, si lo hace en nombre propio, el servicio del profesional no estaría sujeto al IVA si no tiene sede ni actividad en el territorio de aplicación del impuesto, pero, en caso contrario, tributaría al tipo general del 21 %.

Aunque se indica que el impuesto puede ser exigible en el caso de que el consumidor final esté domiciliado en el territorio de aplicación, la consulta evidencia el potencial elusor de este tipo de actividades y la competencia fiscal que produce, sobre lo que abundaremos en breve.

El mismo objeto, determinar la fiscalidad en materia del IVA de un ilustrador, tiene la Consulta V0486/2022, de 10 de marzo (NFC082467). En este caso se subasta el token no fungible, que otorga derechos de uso, pero no «los derechos subyacentes a la propiedad de la obra» (sobre esta distinción, Cediel y Pérez Pombo, 2023, p. 183). El razonamiento reitera la necesidad de determinar si la entidad que gestiona la subasta actúa en nombre propio o ajeno. Igualmente, no es entrega de bienes, sino de servicios prestados por vía electrónica, y se somete a similares criterios de determinación de la ubicación de los sujetos intervinientes.

También podemos plantear la utilidad de la tokenización como un servicio financiero vinculado a criptoactivos. En este sentido podrá ser considerada (en función de las características del caso concreto) actividad sujeta y exenta. En esta línea se pronuncian las Consultas V2679/2021, de 5 de noviembre (NFC081318); V1028/2015, de 30 de marzo (NFC053947); y V2034/2018, de 9 de julio (NFC069908).

6. Tokenización y fiscalidad internacional

Nos centramos ahora en la fiscalidad internacional, excluyendo los aspectos transnacionales del IVA, vinculados al apartado epígrafe. La figura de la tokenización y su potencial encuentra su lógica en entornos internacionales o, mejor dicho, globalizados. El origen de esta tecnología y su potencial es inseparable de la economía digital y la globalización. Por ello, debemos examinar algunos de los retos que la tokenización plantea desde la fiscalidad internacional.

El primer reto, más difícil de aprehender, lo constituyen las lógicas jurídicas que subyacen en algunos de los negocios jurídicos susceptibles de tokenización. En concreto, se puede apreciar una noción de «propiedad» más cercana a la noción del *common law* y, a partir de aquí, buena parte de las relaciones que crea, así como la versatilidad de la figura, las conectamos con el *trust*. Un *trust* que permite la separación de la propiedad formal y material, del mismo modo que la tokenización permite transmitir una propiedad «formal» y

simbólica sin entrega. Las relaciones jurídicas que se plantean también obedecen a la lógica de propietario formal y beneficiario, permitiendo relaciones triangulares en el mismo sentido que son configuradas por el *trust*.

Vemos aquí una manifestación de lo que Lupoi (2001) denomina «teoría de los flujos jurídicos» producto de la globalización económica y la importación de relaciones jurídicas de otros ordenamientos. Además, en el caso del *trust*, nace y sigue siendo una herramienta de elusión fiscal (Muñiz Pérez, 2022).

Veámoslo con un ejemplo. La Consulta V2834/2021, de 16 de noviembre (NFC081556), señala la necesidad de determinar los derechos o facultades que el token implica para el titular y la posibilidad de que puedan constituir una participación en los fondos propios de la entidad emisora. En este sentido, manifiesta que el hecho de que un token:

podiera conferir a su titular un rol activo en el gobierno o en la toma de algunas decisiones de la entidad emisora mediante, por ejemplo, el ejercicio de derecho a voto, sería un elemento adicional, pero no determinante para la consideración del «token» como participación en los fondos propios de la entidad.

De hecho, afirma que «debe descartarse que la adquisición de los tokens pueda otorgar una participación en los fondos propios de la entidad emisora».

Esta determinación del tratamiento fiscal caso por caso en función de los derechos efectivos a participar en un patrimonio que genera el token abre, en nuestra opinión, una especie de «puerta trasera» útil para lograr la efectividad de negocios jurídicos no reconocidos por el ordenamiento español. Estamos pensando, en concreto, a las referidas fórmulas de propiedad formal que rechaza el ordenamiento español y, especialmente, desde la perspectiva tributaria y que son características del *trust*. Dicho en otras palabras, facilita la creación de relaciones jurídicas «atrastadas» incluso en España, que no reconoce los efectos jurídicos del *trust* (Muñiz Pérez, 2022).

Centrándonos en la perspectiva de la fiscalidad internacional, las posibilidades que a nivel de elusión fiscal se abren a través de la tokenización son múltiples.

Se generan problemas de divergencia en el tratamiento de los distintos Estados de una misma renta. Al ser un ámbito nuevo, los Estados concurrirán a establecer normativa propia y será fácil que nos encontremos con asimetrías híbridas. Hemos podido ver la importancia de la función financiera de la tokenización (junto a otras) y la deducibilidad de los gastos financieros en el ámbito societario y los notables riesgos de generar asimetrías híbridas. En este sentido, la existencia de instrumentos híbridos, moneda y token, se suma a la hibridación de los instrumentos financieros tokenizados y a la calificación tributaria que reciben en cada territorio.

También incrementa las opciones de eludir la normativa sobre precios de transferencia. Por ejemplo, la tokenización de las mercancías y su transmisión a una entidad vinculada para su transmisión desde esta al destinatario final permitiría fijar un precio de venta estipulado en la transmisión del token y que la posterior entrega directa al consumidor final se realizase con base en el cumplimiento de la obligación derivada del primero.

Pongamos un ejemplo para que se aprecie mejor.

Ejemplo 1

La compañía A produce un tipo de bien. Bajo una justificación, por ejemplo, de financiación de la producción, emite un token por un valor X a favor de una entidad vinculada B. B transmite el token a una entidad C, en forma de título de valor, reivindicable por los bienes producidos, por un precio X + Y. C, a su vez, podrá revender ese título directamente y así sucesivamente. Finalmente, A entregará los bienes producidos a precio X, con el resultado contable que proceda y la probable consecuencia de erosionar su base imponible eludiendo los controles relativos a precios de transferencia.

Esta posibilidad también se despliega, en el ámbito societario, a la hora de crear disfunciones en las reglas GloBE, creadas para lograr la tributación mínima global de sociedades (que no incluye, por otra parte, los *trusts*). La tokenización permite ocultar beneficios o incrementar gastos, así como eludir las reglas de propiedad compartida o *split-ownership rules* y mantener la ventaja competitiva de las matrices intermedias. También permitiría eludir la regla de sujeción fiscal STTR, una regla que se dirige precisamente a evitar el traslado de beneficios que se ocultan tras préstamos y pagos de *royalties* dentro de un mismo grupo.

También se dificulta la aplicación de los acuerdos de intercambio de información al estar, por el momento, estas operaciones fuera de los registros. De hecho, hemos podido ver cómo el reglamento MiCA incide en este punto abriendo la posibilidad de desarrollar acuerdos de intercambio de información específicamente sobre este tipo de productos financieros.

Incluso, ámbitos patrimoniales que tradicionalmente no han planteado esta problemática podrán plantearla. Por ejemplo, en el ámbito inmobiliario, con la tokenización de los bienes inmuebles o derechos vinculados a ellos. Quizá sea este ámbito donde las similitudes con el *trust* son más evidentes, con la tenencia formal por parte de un sujeto en favor de otro, poseedor del derecho tokenizado y beneficiario. Supuestos que conducen a la elusión de la fiscalidad sobre patrimonio, por ejemplo, al figurar como propietario formal un sujeto con un patrimonio menor, eludiendo o reduciendo el impuesto el verdadero propietario. A estas funciones podríamos seguir añadiendo otras vinculadas a la tokenización de derechos de autor, obras de arte o patentes.

Sin duda, el reglamento MiCA viene a dotar de algunas herramientas de control. Recordemos los supuestos de los artículos 85 y 110, que establecían la obligación de cooperación con las autoridades tributarias para todos los proveedores de servicios incluyendo las actividades distintas a las contempladas en el reglamento. No obstante, la elusión de estos artículos es factible a través de la separación formal de las entidades dedicadas a las actividades del reglamento (de carácter financiero) de aquellas dedicadas, por ejemplo, a la negociación de tokens no fungibles. Así como el artículo 69.4 del reglamento MiCA vimos que señalaba que «los proveedores de servicios de criptoactivos autorizados para canjear criptoactivos por moneda fiat u otros criptoactivos publicarán los detalles de las órdenes y las operaciones realizadas por ellos, incluidos los volúmenes y precios de las operaciones» (de su literalidad se verían excluidos el supuesto de canje de moneda fiat por criptoactivos), también resulta llamativa la exclusión a los efectos del reglamento (no de los elementos tributarios aquí señalados) del artículo 3 d): «las personas que presten servicios de criptoactivos exclusivamente a sus empresas matrices, a sus filiales o a otras filiales de sus empresas matrices». Pero todas estas cautelas de control deben trasladarse al ámbito contable.

En definitiva, estamos ante una herramienta que revoluciona la economía y está llamada a revolucionar el ámbito de la fiscalidad.

7. Conclusiones

Hemos delimitado los dos tipos básicos de criptoactivos: criptomonedas y tokens, apoyados tanto en cuestiones semánticas e históricas como técnicas y jurídicas. Unos conceptos cuya comprensión y delimitación precisa es esencial. Estas definiciones son una aportación original de este trabajo, siendo la definición más precisa de token y su desambiguación con «moneda» coherente y admisible con la normativa y la doctrina administrativa.

La normativa europea ya plantea elementos de control desde la perspectiva tributaria frente a estas nuevas herramientas. Estos manifiestan la función del token y su potencial en la economía, así como la necesaria reacción que desde la fiscalidad debe acometerse para neutralizar lo que también puede ser utilizado como una vía de fraude y elusión.

La tokenización vincula aún más la economía real y la digital. El token será el motor que conducirá a la integración cada vez mayor de ambas economías hasta que sea imposible distinguir una de la otra. Su versatilidad hace que, desde la perspectiva tributaria, se deba analizar la configuración concreta de la relación jurídica subyacente, tokenizada, imprescindible a la hora de determinar el régimen aplicable y evitar fraudes.

Por todo ello, consideramos que el token y la tokenización estarán en el centro de atención de buena parte de las medidas fiscales de los próximos años relativas a la digitalización de la economía. Nueva normativa nacional, europea e internacional es imprescindible

para afrontar los retos que estas nuevas herramientas plantean a los ordenamientos tributarios tradicionales.

Estos retos son particularmente intensos en el entorno europeo y, especialmente, para los países de tradición *civil law*. En la tokenización subyacen, en nuestra opinión, lógicas jurídicas ajenas a nuestra tradición; nuevas nociones de propiedad o de interacción entre sujetos con paralelismos en figuras como el *trust* anglosajón, cuyo encaje en el ordenamiento español ni siquiera se plantea en estos momentos. El fundamento último de los negocios cubiertos, así como el anonimato que implican, tienen como fundamento relaciones de confianza, en las que subyacen modelos atrustados de negocio, con un potencial elusor y evasor inmenso y que deben analizarse caso por caso (activo por activo).

Subyace en esta problemática la interconexión y mutua influencia de otros ordenamientos y otros modelos jurídicos; una globalización jurídica fruto de la globalización económica. Esta nueva realidad exige un análisis profundo de las nuevas figuras para determinar una correcta calificación tributaria. Sin ella, figuras híbridas encontrarán acomodo en formas nuevas y cada vez más sugerentes de elusión fiscal.

Será necesario implementar nuevamente una red de convenios de intercambio de información específicos sobre esta materia (o incorporarla a los ya existentes), así como homogeneizar el tratamiento de los tokens neutralizando las asimetrías entre ordenamientos que pueden conducir a una carente o menor tributación.

Desde la perspectiva internacional, la futura regulación de este ámbito incentivará la competencia fiscal, manteniendo la «carrera hacia el fondo» de la fiscalidad internacional, especialmente societaria. La regulación europea conducirá a la competencia con otros mercados dentro y fuera de la Unión. Surgirán, sin duda, jurisdicciones más atractivas (tanto a nivel tributario como a otros niveles) con el objetivo de atraer de capitales. Ciertamente, competencia fiscal y atracción de inversiones son dos caras de la misma moneda. En cualquier caso, resulta esencial para la economía y la competitividad europeas mantener niveles adecuados de atracción en la búsqueda de un equilibrio siempre en cambio.

La globalización económica plantea importantes retos a la fiscalidad a los que todavía no se ha dado respuesta. El reto aumenta cuando aunamos globalización y digitalización en un proceso de evolución muy rápido, con la aparición de nuevos mecanismos de elusión. Este proceso lleva a la mixtificación de figuras y a la versatilidad de las herramientas de elusión y evasión fiscales, que dejan obsoletos los modelos tradicionales.

En definitiva, la tokenización representa una herramienta extremadamente útil, pero también una vía de elusión y evasión fiscal, de erosión de las bases imponibles y de ocultación del patrimonio. Desde la perspectiva internacional, su regulación generará un nuevo ámbito de competencia fiscal entre Estados y de competitividad económica, con potencial para eludir tanto medidas generales como el tipo mínimo global, como neutralizar las normas

antiabuso y de control de las operaciones vinculadas. Sin duda, el futuro de los llamados «paraísos fiscales» pasa igualmente por una regulación atractiva a las entidades que operen con criptoactivos. Por el contrario, una regulación hostil hacia estas figuras tampoco parece recomendable y sería contraproducente con los objetivos de digitalización de la Unión.

Referencias bibliográficas

- Anonymous (2023). FTX Collapse Draws Indictment of Fraud Against Former CEO by U. S. Prosecutors, Ire of Congress. *American Bankruptcy Institute Journal*, 42(1), 102-103. <https://search.proquest.com/openview/3242737f7a442d1ed4da986468fb6fb2/1?pq-origsite=gscholar&cbl=33486>
- BCE (2015). *Virtual Currency Schemes: A Further Analysis*. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>
- Berger, S. (2022). *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937*. Informe A9-0052/2022 (COM (2020) 0593). Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Procedimiento 2020/0265(COD). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0052_ES.html
- Burnett, L. (2019). For Change and Charity: Identifying the Motivations and Characteristics of Issuers of Tokens in the British Isles in the Mid-Seventeenth Century. En A. Crisà, M. Gkikaki y C. Rowan (eds.), *TOKENS: Culture, Connections, Communities*. Royal Numismatic Society [Special Publication, n.º 57]. https://numismatics.org.uk/wp-content/uploads/2020/01/Tokens_ed_crisa_gkikaki_rowan.pdf
- Burnett, L. (2021). Square Dealing is Best: Advertising Trustworthiness through 17th Century Trade Tokens. *Archaeology and History* [blog]. Blog Discussion 2021/22. University of Exeter. <https://history.exeter.ac.uk/research/economicandsocialhistory/blogdiscussion timetable202122/square-dealingisbestadvertisingtrustworthinesssthrough17thcenturytradetokens/>
- Buterin, V. (2014). *A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform* (White Paper, v. 3, 37, pp. 1-36). https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf
- Cediel, A. y Pérez Pombo, E. V. (2023). *Fiscalidad de bitcoin, monedas virtuales y tokens*. Atelier.
- Crypto.com (20 de junio de 2022). Crypto Tokens vs Coins: What's the Difference? <https://crypto.com/university/crypto-tokens-vs-coins-difference>
- Dykes, D. W. (2003). The Eighteenth and Early Nineteenth-Century Token. *British Numismatic Journal*, 73, 169-174. http://www.britnumsoc.org/publications/Digital%20BNJ/pdfs/2003-BNJ_73_17.pdf
- Dykes, D. W. (2012). Robert Biddulph and His Bull. *British Numismatic Journal*, 82,

- 164-174. http://www.britnumsoc.org/publications/Digital%20BNJ/pdfs/2012_BNJ_82_9.pdf
- Freni, P., Ferro, E. y Moncada, R. (2020). Tokenization and Blockchain Tokens Classification: A Morphological Framework. En *IEEE Symposium on Computers and Communications*. <http://dx.doi.org/10.1109/ISCC50000.2020.9219709>
- Gilbert, W. (1927). Unpublished Seventeenth-Century Tokens in the Collection of William Gilbert. *The Numismatic Chronicle and Journal of the Royal Numismatic Society*, Fifth Series, 7(25-26), 121-155. <https://www.jstor.org/stable/42678491>
- Hackenberg, T. D. (2009). Token Reinforcement: A Review and Analysis. *Journal of the Experimental Analysis of Behavior*, 91(2), 257-286. <https://doi.org/10.1901/jeab.2009.91-257>
- House of Representatives. (2023). *Discussion Draft to Provide Requirements for Payment Stablecoin Issuers, Research on a Digital Dollar, and for Other Purposes* (118th Congress, 1st Session, 14 de abril de 2023). <https://docs.house.gov/meetings/BA/BA21/20230419/115753/BILLS-118pih-Toproviderequirementsforpaymentstablecoinissuersresearchonadigitaldollarandforotherpurposes.pdf>
- Kleeberg, J. M. (1992). The New York in America Token. En J. M. Kleeberg (ed.), *Money of Pre-Federal America, Coinage of the Americas Conference at The American Numismatic Society*. The American Numismatic Society.
- Koselleck, R., Conze, W. y Brunner, O. (1972-1990). *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (7 vols.). Klett-Cotta.
- Lupoi, M. (2001). *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*. Edizione Scietifiche Italiane.
- Maurer, B. (2019). The politics of token economics, then and now. En A. Crisà, M. Gkikaki y C. Rowan (eds.), *TOKENS: Culture, Connections, Communities, Royal Numismatic Society, Special Publication*, 57. Londres. https://numismatics.org.uk/wp-content/uploads/2020/01/Tokens_ed_crisa_gkikaki_rowan.pdf
- Merriam-Webster (s. f.) Token, tokenism et al. En *Merriam-Webster.com Diccionario*. Recuperado el 15 de abril de 2023 de <https://www.merriam-webster.com/>
- Muñiz Pérez, J. C. (2022). *El trust: herramienta de elusión fiscal internacional*. Aranzadi.
- Online Etymology Dictionary (s. f.) Token. En *Online Etymology Dictionary*. Recuperado el 15 de abril de 2023 de https://www.etymonline.com/word/token#etymonline_v_15341
- Pedreira Menéndez, J. (2018). La contabilización y tributación de la moneda digital (Bitcoins). *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, 10 [ejemplar dedicado al VI Encuentro de Derecho Financiero: Tendencias y retos del derecho financiero y tributario (1.ª parte)], 137-161.
- Pombo Nartallo, V. (4 de noviembre de 2021). ¿Qué diferencias hay entre un «token» y una criptomoneda? *BBVA Innovación*. <https://www.bbva.com/es/innovacion/que-diferencias-hay-entre-un-token-y-una-criptomoneda/>
- RAE. (1739). Tessera. En *Diccionario de autoridades* (1726-1739, tomo VI). *Diccionario histórico de la lengua española*. Recuperado el 15 de abril de 2023 de <https://apps2.rae.es/DA.html>
- RAE. (s. f.). Tésera, boleta, libranza. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed., versión 23.6 en línea). Recuperado el 15 de abril de 2023 de <https://dle.rae.es>
- Richter, M. (2003). Asignando a la Begriffsgeschichte su lugar en la historiografía del

pensamiento político. *Historia Contemporánea*, 27, 455-463.

Schmandt-Besserat, D. (2019). The Invention of Tokens. En A. Crisà, M. Gkikaki y C. Rowan (eds.), *TOKENS: Culture, Connections, Communities*. Royal Numismatic Society [Special Publication, n.º 57]. https://numismatics.org.uk/wp-content/uploads/2020/01/Tokens_ed_crisa_gkikaki_rowan.pdf

Schueffel, P., Groeneweg, N. y Baldegger, R., (2019) *The Crypto Encyclopedia: Coins, Tokens and Digital Assets, from A to Z*. Growth-Publisher, School for Management Fribourg, University of Applied Sciences and Arts Western Switzerland. https://www.heg-fr.ch/media/lbdfnyd1/schueffel-groenewegbaldegger2019_crypto-encyclopedia_eng.pdf

Stilitz, I. (2009). A Token Economy of the Early 19th Century. *Journal of Applied Beha-*

viour Analysis, 42(4), 925-926. <https://doi.org/10.1901%2Fjaba.2009.42-925>

TerrenceMckenna (2022). *Glosario de Proof of Humanity/UBI* (versión 1.0). <https://hackmd.io/@TerrenceMcKenna/By0rLACwF>

Thompson, R. H. (1989). Central or Local Production of Seventeenth-Century Tokens. *British Numismatic Journal*, 59, 198-212. https://www.britnumsoc.org/publications/Digital%20BNJ/pdfs/1989_BNJ_59_12.pdf

Voshmgir, S. (2019.) *Token Economy: How Blockchains and Smart Contracts Revolutionize the Economy*. BlockchainHub.

Wilhelm, C. (15 de abril de 2023). New Stablecoin Bill Draft Introduced in US House of Representatives. *The Block*. <https://www.theblock.co/post/226575/new-stable-coins-bill-draft-introduced-house-of-representatives>

Julio César Muñiz Pérez. Licenciado en Historia y en Derecho. Doctor en Historia Antigua por la Universidad de Murcia. Doctor europeo en Derecho Tributario Europeo por la Universidad de Bolonia (Italia). Especializado en fiscalidad internacional y derecho comparado, ha realizado estancias en Italia, Portugal, Alemania y Ecuador. Es autor de monografías como *En busca del paraíso perdido: Los paraísos fiscales hoy*, *El trust: herramienta de elusión fiscal*, *Health taxes: la última frontera de la extrafiscalidad* o *Fiscalidad, digitalización y despoblación*. <https://orcid.org/0000-0001-9571-5866>

Sobre la posibilidad de integrar o no en el IRPF las pérdidas debidas a donaciones

Análisis de la **STS de 12 de abril de 2024, rec. núm. 8830/2022**

Nuria Puebla Agramunt

Doctora en Derecho por la UCM.

Profesora contratada doctora de la UDIMA.

Abogada del ICAM (España)

nuriapuebla@icam.es

Extracto

El Tribunal Supremo ha formado doctrina a petición de la Administración general del Estado y, en respuesta al recurso de casación núm. 8830/2022, interpuesto por la Abogacía del Estado, ha fallado en contra de la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, manifestada en Sentencia de 28 de septiembre de 2022. Una tesis que, ratificada en otras posteriores, como las de 21 y 24 de noviembre de 2023 –sin perjuicio de algún fallo contradictorio–, suponía la confirmación de la expresada en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana de 30 de septiembre de 2019 en cuanto a la interpretación del artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006, del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Para el Alto Tribunal, no procede computar, a efectos de este impuesto, las pérdidas patrimoniales declaradas debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o liberalidades, aunque en unidad de acto se computen las ganancias patrimoniales también declaradas, derivadas de ese mismo tipo de transmisiones.

Publicado (en avance *online*): 17-06-2024

Cómo citar: Puebla Agramunt, N. (2024). Sobre la posibilidad de integrar o no en el IRPF las pérdidas debidas a donaciones. (Análisis de la STS de 12 de abril de 2024, rec. núm. 8830/2022). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 496, 125-141. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22323>

1. Supuesto de hecho

La Administración general del Estado se alza en casación contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV), pronunciada el 28 de septiembre de 2022 (rec. núm. 277/2022 –NFJ087950–), que había estimado que cierto sujeto pasivo podía computar, a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), pérdidas fiscales sufridas con ocasión de donaciones a sus hijos, y que ya comentamos en otro número de esta revista¹.

Habiendo sido admitido su recurso por Auto de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (TS) de 5 de julio de 2023 (rec. núm. 8830/2022 –NFJ090447–), del que fue ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara, la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia se delimitó como sigue:

[...] Determinar si, en interpretación del artículo 33.5.c) LIRPF, procede computar las pérdidas patrimoniales declaradas, debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o liberalidades, cuando, en unidad de acto, se computan las ganancias patrimoniales también declaradas, derivadas de ese mismo tipo de transmisiones.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación: los artículos 33.5.c) de Ley 35/2006, de 28 de noviembre y 31 de la Constitución.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

2. Doctrina del tribunal

La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del TS² de 12 de abril de 2024, dictada en el recurso de casación 8830/2022 (NFJ092971), y de la que ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª Esperanza Córdoba Castroverde, estima que ha lugar al recurso deducido por la Administración general del Estado y casa y anula la sentencia del TSJCV fijando la siguiente doctrina en respuesta a la cuestión interpretativa planteada en el auto de admisión para resolver la cuestión de interés casacional:

¹ Vid. Puebla Agramunt (2022b).

² Los integrantes de la Sección y firmantes de la sentencia son D. José Antonio Montero Fernández, presidente, D. Rafael Toledano Cantero, D. Dmitry Berberoff Ayuda, D. Isaac Merino Jara y D.ª Esperanza Córdoba Castroverde.

La respuesta a dicha cuestión, conforme a lo que hemos razonado, debe ser que, en interpretación del artículo 33.5.c) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, no procede computar, a efectos de este impuesto, las pérdidas patrimoniales declaradas debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o liberalidades, aunque en unidad de acto se computen las ganancias patrimoniales también declaradas, derivadas de ese mismo tipo de transmisiones.

3. Comentario crítico

El criterio que en esta materia tenía el TSJCV, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, se había consolidado con el dictado de, al menos, dos sentencias más, posteriores a la de 28 de septiembre de 2022 que es objeto del recurso de casación que comentamos en estas líneas: la Sentencia de 21 de noviembre de 2023, dictada en el recurso número 113/2023 (NFJ091710), y la Sentencia de 24 de noviembre de 2023, dictada en el recurso número 205/2023 (NFJ091709)³. El TSJCV venía sosteniendo, en virtud del principio de unidad de doctrina:

Cuando el artículo 33.5 de la Ley del IRPF y sus predecesoras utilizan la palabra «debidas» al excluir determinados supuestos de pérdidas patrimoniales, tales como las debidas al consumo, las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades y las debidas a pérdidas en el juego, se refiere a la pérdida patrimonial pero no a la pérdida fiscal, y de llegar a una conclusión distinta nos llevaría a alejarnos de interpretación sistemática de los artículos 34, 35 y 36 de Ley del IRPF, en los que se establece la manera de calcular las ganancias o pérdidas patrimoniales en las transmisiones onerosas y lucrativas (no distinguiendo entre *mortis causa* o *inter vivos*).

No puede dejar de reconocerse que el origen de todo este asunto está en la Resolución de 30 de septiembre de 2019 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana (TEARCV), referencia 46/12196/2016, que había estimado una reclamación en la que se pedía y razonaba que las pérdidas generadas por donaciones debían computarse, al igual que las ganancias, en la base imponible del IRPF. Como tampoco puede dejar de decirse que muchos de los argumentos, si no todos, empleados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJCV y a su vez por la defensa del recurrente en el recurso de casación que da lugar a la sentencia que comentamos, están literalmente tomados de dicha resolución, la cual es una muy buena muestra de la calidad del trabajo que muchas veces realizan los tribunales regionales y locales en la vía económico-administrativa.

³ Vid. Puebla Agramunt (2024).

Tampoco es desconocido que aquella resolución del TEARCV fue recurrida en alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), tribunal que estimó el recurso interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), resultando que, en respuesta al recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, se sentó el siguiente criterio en Resolución de 31 de mayo de 2021 (RG 3746/2020 –NFJ082359–)⁴:

De acuerdo con la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, las pérdidas patrimoniales derivadas de transmisiones lucrativas *inter vivos* no se computan fiscalmente, ni por el importe total del valor de adquisición, ni por la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión.

El TS se ha pronunciado, pues, en contra del TEARCV, que había sostenido que la interpretación literal, histórica, sistemática, lógica y teleológica del apartado 5 del artículo 33 de la Ley del IRPF debe llevarnos a concluir que la ley lo que excluye es la disminución del valor del patrimonio producida por toda transmisión lucrativa (pues toda transmisión lucrativa supone una disminución de valor en el patrimonio del donante); esa pérdida es lo que el Regional denominaba «pérdida económica», concepto distinto, allí se explicaba, del de «pérdida patrimonial», determinado este último por diferencia entre el valor de adquisición para el donante del bien donado y el valor de transmisión de este en el momento de la donación. Cuando esta diferencia es negativa, genera una «pérdida fiscal». Y esta pérdida fiscal sí que se integra para computar la base imponible en el IRPF.

Como en estas líneas desarrollaremos, el TEARCV partía de una interpretación literal de las normas. Decimos esto porque la sentencia del TS que comentamos, tras recordar que:

hemos declarado con reiteración que la interpretación literal, fundada en lo que quieren decir las palabras en sí mismas, es necesario punto de partida en toda labor de exégesis (STS de 21 de diciembre de 2021, rec. cas. núm. 4013/2020),

sostiene que quien estaba acertado en este punto era el TEAC cuando afirmaba que:

la LIRPF únicamente contempla el concepto fiscal de pérdida patrimonial: lo define en el artículo 33, denominándolo pérdida patrimonial, lo delimita, estableciendo cómo ha de determinarse su importe, en los artículos 34 a 36 LIRPF, y, una vez determinado ese importe, si procede de una transmisión lucrativa *inter vivos*, lo excluye del cómputo en su apdo. 5.c) si resulta una pérdida patrimonial, pero no si resulta una ganancia.

⁴ Puede leerse en esta misma revista nuestro comentario a la citada resolución del TEAC en Puebla Agramunt (2022a).

Compartimos plenamente con el TS que toda labor de hermenéutica jurídica ha de comenzar por la interpretación literal⁵; si bien los antecedentes históricos juegan también un papel preeminente en la exégesis de las normas tributarias, su carácter cambiante así lo exige⁶. Por ello, en estas líneas vamos a analizar, en las principales reformas de los textos legales sobre el IRPF, cuáles han sido «las palabras empleadas» en relación con los preceptos que nos ocupan y los cambios operados en cada uno de ellos. La conclusión a la que pretendemos llegar es que el actual artículo 33.5 c), cuando dispone que «no se computarán como pérdidas patrimoniales [...] c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades», lo que está excluyendo del concepto de pérdida patrimonial es la que denominamos «pérdida económica», acogiendo plenamente la terminología y distinción del TEARCV, pero no la «pérdida fiscal» que se produce cuando el valor de adquisición del bien donado hubiere sido superior al valor en el momento de la transmisión. Recordemos lo que decía el mencionado TEARCV:

Es preciso hacer un recorrido, tan breve como sea posible, por la historia del Impuesto, analizando el significado de las ganancias y disminuciones patrimoniales y su configuración jurídica a lo largo de las diferentes leyes reguladoras de aquél, para evidenciar que *el precepto que interpretamos ha existido siempre; que, desde su origen, tiene una razón de ser muy concreta; y que no existen argumentos que permitan sustentar un cambio o ampliación de su significado a partir de un momento dado*, como exigiría la tesis de la Administración⁷.

La Ley 44/1978, de 8 de septiembre, la primera Ley del IRPF, en su artículo 20.1, daba un primer concepto de ganancias y disminuciones patrimoniales –los denominaba «incrementos o disminuciones de patrimonio»– y decía así: «son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto *con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél*, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente». Es decir, si se producía una alteración en la composición del patrimonio y, en su virtud, había un aumento o disminución del valor de aquel, existía, en principio, un incremento o disminución patrimonial, y ello tanto si aquella alteración tenía lugar en virtud de una transmisión onerosa como si lo era con ocasión de una de naturaleza lucrativa. Por ello, el apartado 3 del mismo artículo 20 decía: «Son incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto *con motivo de cualquier transmisión lucrativa*».

La argumentación de la defensa en el recurso de casación retoma la distinción del TEARCV del concepto amplio y estricto de «pérdida patrimonial» y, sin duda por ser el caso de los contribuyentes a los que representa, recalca que se habían generado pérdidas y ganancias

⁵ Como afirmaba el maestro De Castro (1984, p. 468), no debe desnaturalizarse bajo ningún motivo el texto claro de una disposición, aludiendo así al temor de que «cabezas oscuras oscurezcan textos claros».

⁶ Vid. Pastor Ridruejo (1979).

⁷ Texto en cursiva resaltado en el original del TEARCV con subrayado y en negrita.

en unidad de acto, haciendo hincapié en que en la misma declaración en la que la AEAT rechaza el cómputo de las pérdidas derivadas de donaciones mantiene el de las ganancias patrimoniales del mismo origen. Esta circunstancia puede hacer más patente la injusticia del criterio adoptado, pero en realidad es intrascendente porque lo verdaderamente relevante es si son computables, o no, en el IRPF las pérdidas patrimoniales procedentes de transmisiones lucrativas *inter vivos*: lo de menos es si se han generado pérdidas y ganancias en unidad de acto o en varios actos o si, habiéndose generado la pérdida en ejercicio anterior, es computable fiscalmente y, por ende, compensable en ejercicios futuros.

En la Ley 44/1978, la denominada «pérdida económica» que se produce en toda donación encaja exactamente en el concepto de «pérdida patrimonial» que deriva de la donación de un bien, como alteración en la composición del patrimonio del donante que ocasiona, en todo caso, una disminución de su valor. Desde luego, la voluntad del legislador no fue permitir computar como pérdida fiscal esa pérdida económica, ya que ese menor valor del patrimonio no es renta, materia imponible del impuesto.

Pues bien. En el FJ 3, punto 5, párrafo 5.º, afirma la sentencia que comentamos:

Tal y como expone el Abogado del Estado, no cabe confundir la pérdida económica con la pérdida fiscal. La pérdida económica se produce siempre que se dona o transmite un bien de forma gratuita, puesto que el bien sale del patrimonio del donante, que no recibe ninguna contraprestación. *Esta pérdida económica nunca se tiene en cuenta en el IRPF.*

Lo que no dicen ni la Sala ni el abogado del Estado es por qué esa pérdida económica nunca se tiene en cuenta en el IRPF. Y, lejos de ser una obviedad, es algo que merece una explicación. La razón es que el legislador del IRPF, con buena técnica legislativa, como preveía en el artículo 29 la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria –vigente al promulgarse la Ley 44/1978–, y como prevé el artículo 20.2 de la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, ha considerado necesario «delimitar el hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción» para dejar claro que esa pérdida económica no es computable fiscalmente y queda excluida del concepto de renta.

Tras definir los incrementos y disminuciones patrimoniales en su apartado 1, el artículo 20 de la Ley 44/1978 añadía:

No son disminuciones patrimoniales las debidas al consumo o a liberalidades del sujeto pasivo, las pérdidas que procedan de actividades comprendidas en los artículos 14 al 18 de esta Ley, las originadas por el juego y las no justificadas, cualquiera que sea su origen.

Al excluir del concepto de disminuciones patrimoniales «las debidas a liberalidades del sujeto pasivo», la Ley 44/1978 eliminaba de su cómputo fiscal la denominada pérdida

económica, pero no, evidentemente, la pérdida fiscal, puesto que –y debe afirmarse de forma categórica– la pérdida fiscal, generada por una diferencia negativa entre el valor de adquisición del bien donado y el valor en el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), sí era computable en el IRPF del donante.

Precisamente para cuantificar esta última, el artículo 20.4 de la Ley 44/1978 decía: «El importe de los incrementos o disminuciones de patrimonio será: 1.º En el supuesto de enajenación onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales». Y añadía el apartado 7 del mismo artículo 20: «En los supuestos de transmisión *mortis causa*⁸, y cuando la adquisición o la enajenación hubiera sido a título lucrativo, constituirán los valores respectivos aquellos que se determinen a los efectos del ISD».

Los preceptos de los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 35/2006 son trasunto de los que acabamos de reproducir de la Ley 44/1978.

Aun incurriendo en reiteración, queremos dejar muy clara la conclusión alcanzada, puesto que es la premisa que nos permite disentir razonadamente del criterio jurisprudencial sentado en la Sentencia de 12 de abril de 2024: en la Ley 44/1978, la exclusión del concepto de «disminución patrimonial» contenida en el segundo párrafo del artículo 20.2, al referirse a las disminuciones patrimoniales «debidas a liberalidades» del sujeto pasivo, es la típica explicación didáctica propia de los supuestos de no sujeción, que solo delimitan el hecho imponible y no excluyen de gravamen o de cómputo supuestos que sí que entrarían en el mismo; se ponen en el mismo lugar que las debidas al consumo que, claramente, no son renta; sin duda alguna, afecta solo a la pérdida económica y, por consiguiente, no tienen cabida en dicha exclusión las pérdidas surgidas de la diferencia negativa, en su caso, entre el valor de adquisición y el de enajenación del bien donado, ya que estas sí que eran computables en el IRPF, pues hasta se explicaba en la ley cómo integrarlas.

Conviene, no obstante, antes de seguir adelante, recordar el artículo 80.1 b) del Reglamento del IRPF, aprobado por el Real Decreto 2615/1979, vigente, por tanto, durante el periodo al que hasta ahora nos venimos refiriendo, dice así: «1. No se computarán como disminuciones patrimoniales, a los efectos de este Impuesto, las debidas: [...] b) A donativos o liberalidades, *entendiendo por tales las transferencias de carácter no obligatorio que realice el sujeto pasivo*».

Lo que pretendemos argumentar seguidamente es que, en contra de lo que ha sostenido la Administración tributaria, cuyo criterio acoge el TS, el mismo régimen, en cuanto a la cuestión que nos ocupa, ha persistido a través de los textos legales posteriores, hasta la vigente Ley 35/2006.

⁸ Existía todavía la comúnmente conocida como «plusvalía del muerto», más tarde suprimida por la Ley 40/1998.

En efecto, dice la sentencia:

Con la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –art. 44.3.b)– se eliminó la mención expresa que en el artículo 20.3 de la Ley 44/1978 se hacía al cómputo de las disminuciones de patrimonio por diferencias de valor puestas de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa. La Ley 40/1998 despejó cualquier duda que pudiera surgir al sustituir la expresión donativos por la de transmisiones lucrativas por actos *inter vivos*, recogiendo en su artículo 31.5 igual redacción que la contenida en la actual Ley 35/2006: *No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes: c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos inter vivos o a liberalidades.*

A continuación, y atendiendo precisamente a la literalidad de las normas, intentaremos demostrar que los cambios normativos mencionados no tienen la virtualidad que les atribuyen la Administración tributaria, el TEAC y, ahora, la Sala del TS.

En primer término, en cuanto a la Ley 18/1991, se destaca que en su artículo 44.3 b) «se eliminó la mención expresa que en el artículo 20.3 de la Ley 44/1978 se hacía al cómputo de las disminuciones de patrimonio por diferencias de valor puestas de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa». La afirmación es completamente inexacta.

Es verdad que el artículo 20.3 de la Ley 44/1978, en lo que ahora nos interesa, decía que: «No son disminuciones patrimoniales las debidas [...] a liberalidades del sujeto pasivo» y que el apartado 3 decía que: «Son incrementos o disminuciones de patrimonio, y como tales se computarán en la renta del transmitente, las diferencias de valor que se pongan de manifiesto con motivo de cualquier transmisión lucrativa». Sin embargo, lo que pasó a decir el artículo 44.3 b) fue que: «No tendrán la consideración de disminuciones patrimoniales, las debidas [...] b) A donativos o liberalidades». Y, por su parte, el artículo 45.1 a) de la Ley 18/1991, bajo el epígrafe «Importe de los incrementos o disminuciones. Norma general», dijo que: «El importe de los incrementos o disminuciones de patrimonio será: a) En el supuesto de transmisión onerosa o *lucrativa*, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales». Finalmente, el artículo 47 de la propia Ley 18/1991, bajo la rúbrica «Adquisición o transmisión a título lucrativo», dispuso: «Cuando la adquisición o *la transmisión hubiere sido a título lucrativo*, constituirán los valores respectivos aquellos que corresponderían por aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

Pues bien, la exposición de motivos de la Ley 18/1991 dedicaba su apartado IV a los «Principales aspectos de la reforma», y lo único que dijo en cuanto a los incrementos o disminuciones de patrimonio fue lo siguiente:

En materia de incrementos y disminuciones de patrimonio (Sección 4.^a del Capítulo Primero del Título V) y, sin perjuicio de lo que luego se verá a la hora de tratar las reformas que experimenta la mecánica liquidatoria del impuesto, la principal novedad

consiste en la sustitución de los tradicionales coeficientes actualizadores del valor de adquisición, por un sistema que reduce los incrementos y disminuciones de patrimonio en función del tiempo de permanencia del elemento patrimonial en el patrimonio del sujeto pasivo, de suerte que, transcurrido un determinado lapso temporal, que varía según los elementos patrimoniales de que se trate, se alcanza la no sujeción. Junto a ello debe mencionarse la exención de los incrementos de patrimonio en función de la pequeña cuantía de las transmisiones que efectúe el sujeto pasivo y de la conocida como «plusvalía del muerto». Por el contrario, los incrementos de patrimonio generados por donaciones tributarán definitivamente en la misma forma que los producidos por transmisiones onerosas.

Al decir «en la misma forma», la exposición de motivos explicaba que, con la reforma del año 1991, se acababa «con la distinta forma» de tributar los incrementos de las ganancias y disminuciones patrimoniales derivadas de transmisiones lucrativas que se recogía en la Ley 44/1978, en la que, una vez compensadas ganancias con pérdidas, si el saldo era positivo, tributaban al tipo mínimo de la tarifa. Esta especialidad y no otra cosa es lo que se suprimió con la reforma de 1991.

Con todo lo expresado hasta ahora, estamos en disposición de afirmar que el artículo 43 b) de la Ley 18/1991, al excluir del concepto de disminución patrimonial las debidas «a donativos o liberalidades», término literalmente coincidente con el del artículo 80.1 a) del Reglamento de 1979 y equivalente al empleado por el artículo 20 de la Ley 44/1978, que excluye las pérdidas debidas «a liberalidades del sujeto pasivo», no estaba modificando en absoluto el alcance de la exclusión del concepto de disminución patrimonial que existía ya en la Ley 44/1978: las pérdidas patrimoniales excluidas del cómputo en el IRPF eran las pérdidas económicas, pero no las pérdidas fiscales, es decir, las surgidas por diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación del bien donado, que siempre fueron computables en el IRPF del donante.

Si toda exposición de motivos explica los aspectos más importantes de cualquier reforma, y esta en concreto destacó lo que consideró «la principal novedad», resulta impensable, a nuestro juicio, que la Ley 18/1991 estuviese llevando a cabo una reforma de tanto calado como dejar de computar las disminuciones patrimoniales surgidas de transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos* sin mentarla siquiera. La no mención de este supuesto cambio normativo tan importante en dicha exposición de motivos abunda en nuestra idea de que, en realidad, ninguna modificación hubo.

Si seguimos con la segunda parte del párrafo de la sentencia antes acotado, dice así:

La Ley 40/1998 despejó cualquier duda que pudiera surgir al sustituir la expresión donativos por la de transmisiones lucrativas por actos *inter vivos*, recogiendo en su artículo 31.5 igual redacción que la contenida en la actual Ley 35/2006: No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes: c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades.

Tras lo que hemos exteriorizado con respecto a la Ley 18/1991, no entendemos a qué se refiere la sentencia cuando sostiene tajantemente que la Ley 40/1998 «despejó cualquier duda que pudiera surgir», puesto que creemos haber dejado claro que en la Ley 18/1991 en realidad no había ninguna duda: las pérdidas fiscales derivadas de transmisiones a título lucrativo seguían siendo computables en el IRPF del transmitente, como ocurría en la Ley 44/1978.

Que en la ley de 1991 no había ninguna duda no lo afirmamos nosotros, sino que ya lo decía, muy razonadamente por cierto, la Resolución del TEARCV de 30 de septiembre de 2019. Afirmaba el mencionado tribunal literalmente que «con el cambio de redacción mencionado –que se invoca citándolo sólo en parte– no se ha producido variación alguna real en el alcance de la delimitación negativa del concepto de disminuciones patrimoniales». Y es que parece que viene repitiéndose como un mantra que se sustituyó el término «donativos» por el de «transmisiones lucrativas *inter vivos*» y la verdad es que ello no es así en absoluto: lo que se excluía del concepto de pérdidas patrimoniales en la Ley 44/1978 eran «las debidas a liberalidades del sujeto pasivo» y lo que recogía la Ley 18/1991 era la exclusión de «las debidas a donativos y liberalidades». En la actual redacción (dada tanto por la Ley 40/1998 como por la Ley 35/2006), lo que se excluye son «las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades». Ningún cambio normativo hay, si se observan atentamente las normas.

Compartimos la explicación del TEARCV acerca de por qué la norma no ha experimentado variación alguna ni gramatical ni jurídicamente. Y es que, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española (RAE), «liberalidad», único término usado por la Ley de 1978, en la acepción que ahora nos interesa, significa «disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya»⁹; con lo cual, lo que se excluían eran las transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos*¹⁰. Luego, en la Ley 18/1991 se añade el concepto «donativos», término comprendido en el más amplio de «liberalidades», por lo que, con esta introducción, en realidad no estábamos sino ante una redundancia innecesaria¹¹. Así, observamos, siguiendo también a la RAE, que «donativo» no es otra cosa que «dádiva, regalo, cesión, especialmente con fines benéficos o humanitarios». Por tanto, cuando la Ley 18/1991 introduce como supuesto de exclusión el término «donativos» no estaba añadiendo ni mucho menos quitando nada: el concepto que legalmente está excluido de gravamen es el de las transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos*. Entendido esto,

⁹ Usamos la 23.ª edición (2014) del diccionario de la RAE, edición del tricentenario. La primera acepción de «liberalidad» es una virtud moral; la segunda es «generosidad» y la tercera es la que destacamos, por ser la que usó el legislador.

¹⁰ La llamada «plusvalía del muerto» desapareció, como hemos indicado en una nota anterior, con la Ley 40/1998, eliminación que consta hoy en el artículo 33.3 b) de la Ley 35/2006.

¹¹ El TEARCV critica la «evidente redundancia en que incurre el precepto, que habría podido limitarse a excluir, como en los casos anteriores, las pérdidas debidas a transmisiones a título lucrativo por actos *inter vivos*».

se comprenderá por qué no podemos sino decir que esto mismo ocurre con la redacción –idéntica– de la Ley 40/1998, el Real Decreto legislativo 3/2004 y la Ley 35/2006, en las que las que se excluyen del concepto de pérdidas patrimoniales son «las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades».

Atendiendo a criterios puramente literales, según el sentido propio de las palabras utilizadas por los textos legales, y –como hemos visto– a los antecedentes históricos, llegamos, por tanto, a la conclusión de que el contenido de la exclusión del concepto de pérdida patrimonial recogido en el artículo 33.5 c) de la Ley 35/2006 no ha variado a lo largo de las sucesivas leyes reguladoras del impuesto: lo que se excluye de dicho concepto es la pérdida económica, es decir, la disminución del valor del patrimonio que se produce como consecuencia de la salida de un bien del patrimonio del donante sin que entre un contravalor o contraprestación alguna por aquella salida, y ello con independencia de cuál sea el valor de adquisición y el valor de enajenación del bien donado. Por el contrario, el resultado fiscal –ganancia o pérdida patrimonial– determinado por diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión del bien objeto de transmisión lucrativa por acto *inter vivos*, tanto si es ganancia como si es pérdida, se integrará en la base imponible del IRPF del transmitente. Y esto ha sido así desde la implantación del IRPF hasta la ley vigente.

Evidentemente, habiendo llegado a esta conclusión atendiendo a un criterio literal del significado de la norma, no podemos dejar de entrar en otros criterios interpretativos, muy especialmente el sistemático y el lógico.

Sentado, por tanto, que el artículo 33.5 c) –literal e históricamente– no está excluyendo del concepto de disminución patrimonial, computable en el IRPF, la pérdida fiscal, y puesto el precepto en relación con los artículos 34 a 36 de la Ley 35/2006 –que regulan la forma de determinar la ganancia o la disminución patrimonial, tanto en las transmisiones onerosas como en las lucrativas–, nos parece evidente que su interpretación sistemática es incompatible con el sentido que la sentencia comentada pretende dar al artículo 33.5 c). Cuando una transmisión lucrativa por acto *inter vivos* arroje como resultado una pérdida patrimonial, será computable fiscalmente y los preceptos citados servirán para determinar su cuantía. Queda sin sentido la tesis del TEAC en su Resolución de 31 de mayo de 2020, cuyo criterio hace suyo el TS, entendiendo que los artículos 34 y 36 de la Ley del IRPF son un simple «método de cálculo» de las ganancias y disminuciones patrimoniales para incluir las ganancias en la base imponible del impuesto y para excluir las pérdidas si proceden de una transmisión lucrativa por acto *inter vivos*. Creemos haber demostrado que esta sí es una interpretación literalista –no propiamente literal– del precepto cuya interpretación se cuestiona.

Por el contrario, los artículos 34 y 36 establecen la forma de determinar la ganancia o pérdida patrimonial en las transmisiones a título lucrativo, y en ambos casos –ganancia o pérdida– el resultado se computará en el impuesto, dado que el precepto del artículo 33.5 c) no excluye las disminuciones patrimoniales (fiscales) que resulten de las transmisiones lucrativas *inter vivos*. La norma de exclusión ha existido siempre desde la Ley 44/1978 y ya

hemos visto que nunca ha alcanzado a la «pérdida fiscal» y ninguna modificación posterior da base para entender modificado aquel criterio. De igual modo, han existido desde siempre las normas que hoy se recogen en los artículos 34 y 36 de la ley, y tampoco hay por qué entender modificado su significado originario.

Adicionalmente, ni el abogado del Estado ni la defensa –al menos en lo que podemos conocer del proceso, que es lo que se refleja en la sentencia–, ni tampoco el Supremo, han tomado en consideración lo que el TEARCV denominó «criterio lógico». Decía el Regional valenciano en su resolución:

También con arreglo a una interpretación lógica existe un argumento importante desde nuestro punto de vista: ¿por qué habría de excluirse del cómputo de la pérdida patrimonial, por diferencia entre el valor de adquisición y el de donación, al padre que dona un determinado bien a su hijo, cuando si el padre vendiese el bien en primer lugar y donase seguidamente el importe a su hijo nadie cuestionaría la pérdida patrimonial y el resultado podría ser muy semejante o, según los casos, idéntico? El resultado es prácticamente el mismo y, en función de la fungibilidad del bien donado, podría suceder que fuera idéntico (por ejemplo, padre que vende acciones cotizadas en bolsa, computando la pérdida existente, le dona el dinero al hijo y éste, acto seguido, compra las mismas acciones); y, sin embargo, el tratamiento fiscal en el IRPF, de no aceptarse nuestra posición, sería radicalmente distinto.

Creemos que el sagaz argumento merecería haber sido tomado en consideración y lamentamos que nadie se haya molestado en acogerlo o rebatirlo. Si, como veremos enseguida, la Sentencia de 12 de abril de 2024 afirma que las pérdidas debidas a donaciones no computan porque son algo elegido voluntariamente, la lógica nos lleva a preguntar por qué no se permite su cómputo, cuando lo que sí que es voluntario es decidir vender el bien y donar el importe obtenido con esa venta, y eso sí que genera una pérdida patrimonial no solo económica, sino también fiscal, perfectamente admitida y de la que sí está absolutamente admitida la compensación.

Con todo, nuestras mayores discrepancias con la sentencia que nos ocupa radican en la interpretación teleológica que en ella se hace y en las consideraciones que formula en orden a la capacidad contributiva:

La exclusión legal del cómputo de pérdidas generadas en transmisiones a título gratuito presenta una finalidad clara: *el legislador elimina la posibilidad de que los contribuyentes puedan incorporar a sus declaraciones pérdidas derivadas de actuaciones que dependen únicamente de la voluntad del contribuyente y evitar así mecanismos de elusión fiscal.*

Es más, el apartado 5 del art. 33 LIRPF, no solo impide computar en la base imponible del impuesto, las pérdidas debidas a transmisiones lucrativas o liberalidades,

sino que también excluye otras que revelan el propósito del legislador de impedir la deducción de pérdidas que los obligados tributarios han contribuido a generar. Así, se recogen, en otros subapartados, las pérdidas no justificadas, las debidas al consumo o las pérdidas del juego.

La razón por la que el legislador excluye del cómputo estas tres partidas no es, con el debido respeto, «impedir la deducción de pérdidas que los obligados tributarios han contribuido a generar». En primer lugar, y en lo que atañe a las pérdidas debidas al consumo, nos parece necesario recordar que a lo largo de toda la historia de la imposición sobre la renta el consumo no ha sido jamás renta negativa, sencillamente porque «no es renta», sino «asignación de renta». En segundo lugar, y por lo que se refiere a la exclusión de las pérdidas mencionadas en las letras b), c) y d) del artículo 33.5, no es que sean pérdidas que deriven «únicamente de la voluntad del contribuyente», sino que se trata de supuestos que contemplan la pérdida económica, no la fiscal. Obsérvese que en todas ellas (las pérdidas debidas al consumo, las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades en las que sale un bien sin entrada de contraprestación alguna, y en las pérdidas originadas por el juego) se reflejan situaciones en las que necesariamente ha disminuido el valor del patrimonio y que jamás podrían dar lugar a incrementos de dicho valor. Y en tercer lugar, y en relación con las pérdidas debidas al juego, si bien es cierto que en las Leyes 44/1978, 18/1991 y 40/1998 se excluían sin más, no puede olvidarse que, a partir de 2007, en virtud de la Ley 35/2006, no se excluyen estas pérdidas en su totalidad, sino solo «las debidas a pérdidas en el juego obtenidas en el período impositivo que *excedan de las ganancias obtenidas en el juego en el mismo período*». Por consiguiente, el razonamiento de la sentencia es, siempre con el debido respeto, erróneo, ya que el legislador sí que admite la compensación de las pérdidas ocasionadas en el juego, al menos hasta donde alcance el valor de las ganancias del período. Dígasenos si acaso esas pérdidas cuya compensación sí que se admite no son «derivadas de actuaciones que dependen únicamente de la voluntad del contribuyente».

Creemos que esta afirmación del Alto Tribunal entraña un peligro que va mucho más allá de lo que pueda implicar que no se permitan computar en el IRPF las pérdidas fiscales derivadas de transmisiones lucrativas por actos *inter vivos*. Tal y como está formulada, sacada de contexto, podría dar al traste con el concepto de «economía de opción», con el principio de autonomía de la voluntad, con la planificación fiscal lícita y, en suma, con el legítimo derecho de todo obligado tributario a pagar lo menos posible dentro de la legalidad. No es posible ignorar que, al acercarse el final de cada período impositivo, una preocupación muy extendida entre los contribuyentes por el IRPF es ver cómo reducir la factura fiscal, y que esa reducción pasa en muchos casos por calcular el saldo de pérdidas y ganancias patrimoniales para, si ese saldo es positivo, ver de hacer alguna enajenación que genere pérdidas.

Salvo error por nuestra parte, no hay disposición legal o reglamentaria alguna que impida esas conductas por la sola circunstancia de que sean pérdidas generadas por la única voluntad del obligado tributario. En la sana discrepancia del intérprete, nos preguntamos al

redactar estas líneas si acaso hay alguna razón jurídica para rechazar el cómputo de estas pérdidas en el IRPF por el hecho de que deriven únicamente de la voluntad del contribuyente, o por el hecho de que provengan de haber transmitido gratuitamente, no a título oneroso. O si hay algo de irregular en la voluntad de generar una ganancia patrimonial en un ejercicio con la exclusiva intención de que no se extinga el derecho a compensar una pérdida procedente de ejercicios anteriores.

Si a la Administración tributaria le preocupa (como nos preocupa a todos, pero especialmente a ella, que es la que tiene encomendada la protección y garantía del crédito público) la elusión fiscal, no hay duda de que dispone de medios legales para combatirla: tanto los específicos como los que representa la norma prevista para posponer el cómputo de disminuciones patrimoniales, en caso de recompra de los mismos u homogéneos bienes del artículo 33.5 e), f) y g) de la Ley del IRPF, como los generales medios antielusión, ya sean el principio de calificación, la simulación, la prohibición del abuso del derecho o las normas sobre conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

En nuestra opinión, las pérdidas fiscales debidas a donaciones a los hijos, que son las que propiciaron el recurso de casación cuya sentencia comentamos, no son pérdidas que «los obligados tributarios han contribuido a generar»; son pérdidas que sufren, en adición a la pérdida económica sobrevenida por la pérdida de valor del bien donado, y que ni las han generado los contribuyentes ni han contribuido a su generación. Y que, desde luego, nada tienen que ver con las pérdidas en el juego o las debidas al consumo.

Y ya antes de concluir su decisión y emitir su fallo, sostiene la sentencia que no ve que su interpretación del precepto en cuestión pueda atentar contra el principio de capacidad económica, «desde el momento en que la pérdida la genera el donante por su voluntad», para posteriormente afirmar:

Antes al contrario, de permitirles a los donantes deducir en su IRPF las pérdidas fiscales derivadas de las donaciones, se les permitiría disminuir su contribución fiscal a su voluntad, en detrimento del principio de justicia contributiva, igualmente recogido en el art. 31 CE y sin correspondencia con su capacidad económica, disminuida por ellos de forma unilateral.

Nadie duda de que el gravamen de las ganancias patrimoniales obedece a la plusvalía que va experimentando el bien del que se trate durante el tiempo de permanencia en el patrimonio del contribuyente, que se va produciendo paulatinamente, aunque no de forma constante, a lo largo de los años en los que el bien permanece en su patrimonio, pero que no se pone de manifiesto sino cuando se enajena el bien, que esto puede hacerse a título oneroso o a título lucrativo y que ese incremento o ganancia se cuantifica por la diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación. Entonces, si el aumento del valor del bien mientras permanece en el patrimonio del obligado tributario pone de manifiesto un aumento de capacidad contributiva, ¿dónde está la razón para negar que se ponga de manifiesto

una disminución de esa capacidad contributiva en el caso en el que el bien haya visto disminuir su valor durante su permanencia en el patrimonio del obligado tributario?

Desde el más grande respeto hacia el Alto Tribunal y hacia la Sala y Sección de la que emana la sentencia comentada, nuestras conclusiones serían las siguientes:

Se acepta unánimemente y sin discusión que en la Ley 44/1978 y en su Reglamento de 1979, interpretados desde un punto de vista literal o gramatical, lógico, sistemático y teleológico, las «pérdidas patrimoniales fiscales» –las obtenidas por diferencia entre el valor de adquisición y el de enajenación– derivadas de actos lucrativos *inter vivos* son admitidas sin reservas. Por tanto, las pérdidas excluidas del impuesto en el segundo párrafo de su artículo 20.2, atendido exclusivamente su tenor literal, eran exclusivamente lo que el TEARCV denominó «pérdida económica», es decir, la disminución del valor del patrimonio que se produce en toda donación.

Comparada la redacción de aquel precepto de exclusión con las redacciones que a sus equivalentes les han dado las Leyes 18/1991, 40/1998 y 35/2006, no se encuentra, atendido el sentido literal de sus palabras, variación sustancial alguna que ponga de manifiesto la intención del legislador de modificar el contenido del supuesto de exclusión del concepto de pérdida patrimonial, que, por tanto, debe entenderse referido exclusivamente a la pérdida económica, sin que, según la literalidad de los textos legales, quepa entender excluida del concepto de pérdida patrimonial, a efectos del impuesto, la pérdida fiscal. La conclusión está avalada no solo por el criterio literal, sino también por el criterio histórico.

A la misma conclusión nos lleva la interpretación lógica y sistemática del precepto al que nos referimos.

Y la interpretación teleológica nos conduce también al mismo resultado, si tenemos en cuenta que el criterio de la Administración tributaria, acogido por la sentencia que comentamos, en el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos*, reconoce el aumento de capacidad contributiva que genera el incremento de valor de un bien desde que entra en el patrimonio del contribuyente hasta que sale del mismo, pero no reconoce pérdida de capacidad contributiva en el caso inverso: si durante esa permanencia del bien en el patrimonio lo que se produce es una minusvalía o pérdida de valor, esa diferencia carece de toda lógica y fundamento.

Menos aún puede admitirse que la razón por la que se rechaza esa pérdida de capacidad económica sea el hecho –que, sorprendentemente, refiere solo a las pérdidas patrimoniales derivadas de actos lucrativos *inter vivos*– de que esas pérdidas procedan de la voluntad unilateral del contribuyente. Esta afirmación supone rechazar la economía de opción y el principio de autonomía de la voluntad, con arreglo a los cuales el obligado tributario puede hacer cualquier acto que le permita reducir su tributación, siempre que no vulnere ni la letra ni el espíritu de la ley ni, por tanto, incurra en los supuestos de elusión.

En nuestra opinión, no es necesaria una reforma de la Ley del IRPF; lo único que hace falta es que esta se interprete de forma ortodoxa, con arreglo a los principios que deben inspirar la interpretación de las normas, sin olvidar que, conforme al artículo 1.3 de nuestro Código Civil (CC), el carácter de fuente supletoria de los principios generales del derecho se establece «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico», por lo que estos deben tenerse muy en cuenta en la interpretación de las normas. Entre ellos, deben destacarse el principio de capacidad económica (que, con la postura de la sentencia, consideramos gravemente conculcado) y la equidad (que, si bien es cierto que no puede ser fuente exclusiva de una decisión judicial, porque con arreglo al art. 3.2 del CC «las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita», no es menos cierto que también, por imperativo de dicho precepto, «habrá de ponderarse en la aplicación de las normas»).

Con todo lo expuesto, creemos haber razonado por qué, siempre según nuestro criterio, una adecuada interpretación de las normas habría impedido que este problema jurídico se planteara siquiera.

Y por último, y para finalizar, teniendo en consideración todo cuanto antecede, nos planteamos si acaso fuera posible una revisión de la doctrina sentada en esta sentencia. Que sepamos, hay pendientes de resolución al menos otros tres asuntos en los que, a tenor de los autos de admisión, se va a dilucidar esta misma cuestión. Son todos ellos recursos de casación de personas físicas que vieron desestimadas pretensiones sustancialmente idénticas¹². Honestamente creemos que nuestra inquietud no puede entenderse descabellada si tenemos en cuenta que a veces es necesario que el Alto Tribunal se pronuncie no tanto para reafirmar, reforzar o completar su jurisprudencia, sino, como él mismo ha reconocido, para cambiarla¹³.

¹² Auto del TS de 28 de noviembre de 2023 (rec. núm. 1998/2023 –NFJ091671–) frente a la Sentencia del TSJCV de 17 de noviembre de 2022 (rec. núm. 1338/2021 –NFJ089686–); Auto del TS de 31 de enero de 2024 (rec. núm. 3465/2023 –NFJ092049–) frente a la Sentencia del TSJCV de 31 de enero de 2023 (rec. núm. 658/2022 –NFJ092059–); Auto del TS de 7 de febrero de 2024 (rec. núm. 3478/2023 –NFJ092094–) frente a la Sentencia del TSJCV de 21 de febrero de 2023 (rec. núm. 278/2022 –NFJ090128–); este último, del cónyuge del recurrente en el asunto que hemos comentado en estas líneas. De los tres autos es ponente el Exmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís.

¹³ En el Auto del TS de 28 de noviembre de 2023 apenas citado *supra* se dice esto expresamente, con cita del Auto de 16 de mayo de 2017, reflejando la «tarea propia del recurso de casación, que no solo debe operar para formar la jurisprudencia *ex novo*, sino también para matizarla, precisarla o, incluso, corregirla o cambiarla [*vid.* auto de 15 de marzo de 2017 (RCA/93/2017, FJ 2.º, punto 8; ES:TS:2017:2189A)]».

Referencias bibliográficas

Castro y Bravo, F. de (1984). *Derecho civil de España*. Civitas.

Pastor Ridruejo, L. (1979). La interpretación tributaria ante el nuevo título preliminar del Código Civil. En *Estudios de derecho tributario* (vol. I, pp. 570-578). Instituto de Estudios Fiscales.

Puebla Agramunt, N. (2022a). Las pérdidas debidas a donaciones. (Análisis de la RTEAC de 31 de mayo de 2021, RG 3746/2020). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 466, 87-95. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/7493>

Puebla Agramunt, N. (2022b). Más sobre las pérdidas en IRPF debidas a donaciones.

(Análisis de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2022, rec. núm. 277/2022. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 477, 121-128. <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/11509>

Puebla Agramunt, N. (2024). Se consolida el criterio valenciano de las pérdidas por donaciones en el IRPF. (Análisis de las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2023, rec. núm. 113/2023, y 24 de noviembre de 2023, rec. núm. 205/2023). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 491, 135-142. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.20249>

La prescripción del impuesto sobre sucesiones al ejercer el *ius transmissionis*

Análisis de la STS de 23 de abril de 2024, rec. núm. 7570/2022

Fernando Martín Barahona

Técnico de Hacienda del Estado (excedente).

Subinspector de Hacienda de la Comunidad de Madrid (España)

Extracto

El Tribunal Supremo ha resuelto que el *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho de la Administración a liquidar el impuesto sobre sucesiones y donaciones en aquellos supuestos de adquisiciones por causa de muerte en los que el heredero fallece sin aceptar ni repudiar la herencia y el derecho se transmite a sus herederos, que son quienes aceptan y adquieren la condición de sujetos pasivos del impuesto, es el momento del fallecimiento del transmitente. Para el Alto Tribunal, la mecánica del *ius transmissionis* no puede obviar que el hecho imponible se produce cuando, a la muerte del segundo causante –transmitente–, sus herederos ejercitan el *ius delationis* transmitido y adquieren, por la aceptación, la herencia del primer causante, pues es en ese momento, fallecimiento del segundo causante, cuando las limitaciones a la adquisición de los bienes desaparecen.

Publicado: 03-07-2024

Cómo citar: Martín Barahona, F. (2024). La prescripción del impuesto sobre sucesiones al ejercer el *ius transmissionis*. (Análisis de la STS de 23 de abril de 2024, rec. núm. 7570/2022). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 496, 142-156. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22351>

1. Supuesto de hecho

El derecho de transmisión o *ius transmissionis* es aquella institución por la que los derechos hereditarios del fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia pasan a sus respectivos herederos. Mientras que el *ius delationis* es el derecho que se le concede al llamado a una herencia para aceptarla o repudiarla. El Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 5 de junio de 2018 (rec. núm. 1358/2017 –NFJ070611–), fijó como criterio jurisprudencial que, en los casos en que se produce el *ius transmissionis* del artículo 1006 del Código Civil (CC), existe una única transmisión a efectos fiscales.

En aquella resolución, el TS se hacía eco de la jurisprudencia establecida por la Sala de lo Civil del mismo tribunal en su Sentencia de 11 de septiembre de 2013 (rec. núm. 397/2011 –NCJ058068–), en la que establecía que en estos supuestos, en los que, fallecido el heredero sin aceptar la herencia de su causante y transmitido a los suyos el derecho a hacerlo, se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imposables ni dos devengos del impuesto, corolario de lo cual es la afirmación final de la reseñada sentencia civil, según la cual «los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

Este criterio, que en palabras del Alto Tribunal resulta «más acorde con el principio de capacidad económica», fue reiterado posteriormente por otra Sentencia de 29 de marzo de 2019 (rec. núm. 1397/2017 –NFJ073177–) y se resume en los siguientes aspectos:

- En caso de aceptación, ya sea expresa o tácita, solo se produce una adquisición.
- Si solo hay una adquisición, únicamente se produce un hecho imponible.
- La aceptación de la herencia retrotrae sus efectos a la fecha del fallecimiento (arts. 24 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones –LISD– y 989 del CC), lo que no equivale a la posibilidad de suceder sin aceptar y, desde el punto de vista tributario, a que haya una aceptación presunta o ficticia de quien se sabe de modo formal y cierto que no aceptó.
- El derecho de transmisión opera un efecto transmisivo no de la herencia del transmitente, sino una traslación del *ius delationis* en favor de los transmisarios para aceptar en lugar de aquel la herencia del que hemos llamado causante.

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) comenzó a aplicar este nuevo criterio en su Resolución de 10 de diciembre de 2018 (RG 5305/2015 –NFJ072413–), de tal manera que, en ausencia de aceptación por el heredero, y fallecido este, la adquisición hereditaria se produce en el heredero directamente del primer causante.

Ahora bien, fijado este criterio, y asumido por la totalidad de las Administraciones tributarias autonómicas, se ha cuestionado por alguna de ellas el momento en el que comienza el plazo reglamentario de declaración o autoliquidación del impuesto respecto los casos en los que se produce la transmisión del *ius delationis*, con las consiguientes repercusiones en la extemporaneidad o, incluso, y más importante, en el título de la prescripción del derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria. Este ha sido el caso de la Agencia Tributaria de Cataluña o el de la Comunidad de Madrid. Esta última entendía que el inicio del periodo de prescripción en relación con la primera herencia no se computaba desde la defunción del primer causante, sino desde que los transmisarios aceptan la herencia del transmitente, pues era en ese momento cuando podían aceptar o rechazar la herencia del primer causante. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid ha desatendido dicho planteamiento en varias ocasiones (Sentencias 120/2022, de 22 de febrero [rec. núm. 2036/2019 –NFJ086277–], o 905/2018, de 20 de diciembre [rec. núm. 734/2017 –NFJ074823–]), señalando que habría prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria con respecto a la herencia del primer causante si hubiese transcurrido el periodo de los cuatro años contados desde la finalización del plazo de presentación de la autoliquidación, es decir, seis meses desde de su fallecimiento, con independencia de que esté o no prescrito el derecho a liquidar el impuesto con respecto a la herencia del segundo fallecido, el heredero transmitente.

El recurso de la Comunidad de Madrid contra dichas sentencias fue inadmitido a trámite por el TS, pudiendo citar la providencia de 14 de octubre de 2019 en la que establecía que:

Acuerda su inadmisión a trámite, conforme al artículo 90.4 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa («LJCA»),

por carencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, toda vez que la cuestión objeto de controversia –la determinación del *dies a quo* en el cómputo del plazo de prescripción del Derecho de la Administración a liquidar la deuda tributaria en supuestos de doble transmisión y adquisición hereditaria– está embebida dentro de la ya resuelta por la Sección Segunda de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, mediante sentencias de 5 de junio de 2018 (RCA/1358/2017; ES:TS2018:2183) y 29 de marzo de 2019 (RCA/1397/2017; ES:TS2019:1146), que declaran que no se es causahabiente por el solo hecho de la delación o llamamiento a la herencia sino que se precisa la recepción de los bienes o derechos *mortis causa*, lo que requiere, en caso de herencia, su aceptación, con lo que, en el supuesto de no aceptación de la primera causahabiente, la adquisición hereditaria se produce con la aceptación de los segundos causahabientes, computándose el plazo, en todo caso, desde el momento del hecho causante.

Sin embargo, el caso llegó al TS, mediante el Auto de 31 de mayo de 2023 (rec. núm. 7570/2022 –NFJ090218–), a partir del recurso del contribuyente (heredero transmisor) contra la Sentencia del TSJ de Cataluña 3032/2022, de 28 de julio (rec. núm. 144/2021 –NFJ090219–), que había estimado la pretensión de la Agencia Tributaria de Cataluña, al señalar que, si bien, la regla general consiste en que el impuesto se devenga en las adquisiciones por causa de muerte el día del fallecimiento del causante (art. 24.1 de la LISD), también es cierto que el artículo 24.3 contiene una salvedad o excepción, la de que la efectividad de la adquisición de los bienes esté suspendida por las razones que indica (entre las que se encuentra la que se describe como «cualquier otra limitación»), que pueden ser por voluntad del testador o no, supuesto en el que la adquisición se entiende realizada el día en el que esa limitación desaparezca. A su juicio, el no ejercicio del derecho a aceptar o repudiar por parte del llamado como heredero es, sin duda, una limitación en la adquisición de los bienes del causante que impide la producción del hecho imponible. Una interpretación contraria sería incoherente con las previsiones lo suficientemente amplias del artículo 24.3 de la LISD para integrar supuestos de no adquisición efectiva y, por tanto, no producido el hecho imponible a gravar. El TS decidió que el asunto tenía interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, dado que se aportaban distintas sentencias en las que se apreciaba un criterio dispar.

Los hechos que dan lugar a al recurso son los que siguen:

El día 27 de octubre de 2016 se otorgó escritura pública de manifestación y aceptación de herencia por la que el recurrente y su hermano aceptaban las herencias de sus tías Doña Zaida, fallecida el 26 de julio de 2011, y Doña Ariadna, fallecida el 18 de abril de 2015. En la citada escritura se describen los bienes relictos de la herencia de Doña Zaida: una mitad indivisa de una finca y una mitad indivisa del saldo bancario en una cuenta.

El 21 de julio de 2016 fueron declarados herederos abintestato de la herencia, su hermana Doña Ariadna y sus sobrinos, el recurrente y su hermano.

En la misma escritura se describen los bienes relictos de la herencia de Doña Ariadna: el Derecho de transmisión o *ius transmissionis* de aceptar la herencia de la primera causante, constituida por una mitad indivisa de la finca anteriormente inventariada y una mitad indivisa del saldo bancario también inventariado. Y el resto de los bienes propios de la fallecida.

En el apartado OTORGAN se hace constar la adjudicación de las herencias:

Primero. Los dos sobrinos aceptan las herencias relictas de sus tías y se adjudican una mitad de los bienes de la herencia de Doña Zaida por derecho propio por mitades partes indivisas entre ellos.

Segundo. Se adjudican la segunda herencia de la causante Doña Ariadna.

Con fecha 23 de diciembre de 2016 el sobrino recurrente presentó dos declaraciones y autoliquidaciones en la Oficina Liquidadora de Terrassa de la Agència Tributària de Catalunya del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por cada una de las dos herencias.

En fecha 13 de septiembre de 2018 fue notificado el inicio de un procedimiento de comprobación limitada de la declaración-autoliquidación correspondiente a la herencia de Doña Ariadna, en la que básicamente se integraba en la base imponible bienes y valores que no formaban parte del caudal relicto de la causante Doña Ariadna, en concreto el piso, la valoración del ajuar doméstico y el saldo de la cuenta corriente, referido todo ello a la herencia de Doña Zaida.

Fundamenta sus alegaciones en la sentencia, entre otras, 539/2013 de 11 de septiembre, del Tribunal Supremo que determinaba que no se producía una doble transmisión sucesoria y alegó prescripción en la herencia de Doña Zaida.

Tanto la Abogacía del Estado como la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Cataluña recurrida consideraron que la fecha de prescripción se inicia con el fallecimiento del primer causante (doña Zaida). Sin embargo, el TSJ de Cataluña aceptó la pretensión de la Agencia Tributaria de Cataluña. Así, el tribunal señaló que la mecánica del *ius transmissionis* no puede obviar que el hecho imponible se produce cuando a la muerte del segundo causante –transmitente– sus herederos ejercitan el *ius delationis* transmitido y adquieren, por la aceptación, la herencia del primer causante, produciendo una única transmisión, como así ha determinado el TS. La propia sentencia señala que este criterio no supone desconocer la jurisprudencia fijada por la Sentencias del TS 936/2018, de 5 de junio (rec. núm. 1358/2017 –NFJ070611–), y 434/2019, de 29 de marzo (rec. núm. 1397/2017 –NFJ073177–), puesto que en ese momento, es decir, con el fallecimiento del segundo causante, desaparecen las limitaciones a la adquisición de los bienes y se produce el tránsito al transmisario, que, a su vez, podrá ejercitar tanto su *ius delationis* como el que le es transmitido por herencia de su causante, el heredero transmitente.

El auto de admisión al TS solicitaba determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria para liquidar el impuesto sobre sucesiones y donaciones de una causante (fallecida el 26 de julio de 2011) en aquellos supuestos de adquisiciones por causa de muerte en los que el heredero fallece (fallecida el 18 de abril de 2015) sin aceptar ni repudiar la herencia y el derecho se transmite a sus herederos (el recurrente en casación), que son quienes aceptan y adquieren la condición de sujetos pasivos del impuesto. En este caso, el heredero transmisario había presentado autoliquidación de ambas herencias con fecha 23 de diciembre de 2016.

2. Doctrina del tribunal

Pues bien, el TS, en su Sentencia 684/2024, de 23 de abril (rec. núm. 7570/2022 –NFJ093152–), de la que ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Esperanza Córdoba Castro-verde, ha resuelto que el *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho de la Administración a liquidar el impuesto sobre sucesiones y donaciones, en aquellos supuestos de adquisiciones por causa de muerte en los que el heredero fallece sin aceptar ni repudiar la herencia y el derecho se transmite a sus herederos, que son quienes aceptan y adquieren la condición de sujetos pasivos del impuesto, es el momento del fallecimiento del heredero transmitente.

El TS se hace eco de la Sentencia del TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid, Sección 2.^a, 114/2021, de 4 de febrero (rec. núm. 1087/2019 –NFJ081779–), que fue usada como refuerzo argumental por la Sentencia del TSJ de Cataluña, que, si bien no abordaba específicamente el cómputo del plazo de prescripción, sino el plazo de presentación de la autoliquidación, sí contiene un criterio jurídico (FJ 2) que cabe considerar concurrente con el de la sentencia recurrida:

Lo que el demandante sostiene es que el plazo voluntario de seis meses para liquidar el impuesto litigioso solo puede comenzar desde que al ser declarado heredero de D.^a [...] adquirió también el derecho de la misma a aceptar o repudiar la herencia de su hermano premuerto [...], posición que esta Sala comparte. En efecto, es verdad que como regla general el impuesto se devenga en las adquisiciones por causa de muerte el día del fallecimiento del causante –artículo 24.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones–, pero no lo es menos que el apartado 3 del precepto citado contiene una salvedad o excepción, la de que la efectividad de la adquisición de los bienes esté suspendida por las razones que indica (entre las que se encuentra la que se describe como «cualquier otra limitación»), supuesto en el que la adquisición se entiende realizada el día en que esa limitación desaparezca y que se estima que puede ser de aplicación aquí de acuerdo con una interpretación integrada y armónica de las normas tributarias y civiles.

Esta sentencia, que ya comentamos hace tres años por sus efectos¹, y que hoy vemos reflejados en la decisión del TS, abría el camino a entender que la prescripción del derecho a liquidar el impuesto por la adquisición de la primera herencia no se inicia hasta que ocurre la muerte del segundo causante, puesto que en ese caso resolvió que el plazo voluntario de los seis meses para liquidar solo puede comenzar con el fallecimiento del segundo y, por tanto, había que rechazar la exigencia del recargo por extemporaneidad respecto de la herencia del primer causante.

El artículo 24 de la LISD establece, como regla general, que el impuesto se devenga el día del fallecimiento del causante, pero esto lo único que supone es retrotraer los efectos tributarios del impuesto a ese momento, y así hay que entenderlo en concordancia con el artículo 989 del CC, que establece que: «Los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda», lo que significa que es el hecho de la aceptación el determinante de la adquisición.

Ahora bien, el apartado 3 del artículo 24 de la LISD también dispone que: «Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan». A su vez, el artículo 47 del Reglamento del impuesto sobre sucesiones y donaciones (RISD), sobre «Devengo», reproduce el tenor del artículo 24 de la ley y únicamente añade, en el apartado 3 *in fine*, que se atenderá al momento en el que desaparezcan las limitaciones (condición, término, etc.) no solo para entender realizada la adquisición, sino también «para determinar el valor de los bienes y los tipos de gravamen». Por tanto, los preceptos citados (arts. 24.3 de la LISD y 47.3 del RISD) establecen la posibilidad de que el devengo no tenga lugar el día del fallecimiento del causante en la transmisión *mortis causa*, posibilitando la adquisición en un momento posterior cuando exista una limitación.

Considera por ello la Sala, y en línea con lo recogido en la sentencia impugnada del TSJ de Cataluña, que la falta de ejercicio del *ius delationis* que pasa a los herederos de la transmitente que sobrevivió al primer causante, pero que no llegó a adquirir la herencia porque no la aceptó, es una limitación en la adquisición de los bienes del causante originario de las previstas en el apartado 3 del artículo 24 de la LISD («cualquier otra limitación») que impide que se produzca el hecho imponible.

Por tanto, entiende que, al concurrir una limitación en la adquisición de los bienes del causante, dicha adquisición «se hallaba suspendida» hasta que desapareciera la limitación, lo que tiene lugar a la muerte de la transmitente, que es el momento en que se transmite el *ius delationis* a favor de sus herederos, y estos pueden ejercerlo, y con su

¹ Vid. Martín Barahona (2021).

ejercicio se produce la adquisición de la herencia del primer causante, produciéndose una única transmisión hereditaria conforme a la doctrina jurisprudencial de la Sala, cuyo devengo ha tenido lugar en el momento del fallecimiento de la transmitente, en el que desaparece la limitación.

Para la ponente, siguiendo el tenor de la sentencia recurrida, la mecánica del *ius transmissionis* no puede obviar que el hecho imponible se produce cuando a la muerte del segundo causante –transmitente– sus herederos ejercitan el *ius delationis* transmitido y adquieren, por la aceptación, la herencia del primer causante, pues es en ese momento, fallecimiento del segundo causante, cuando las limitaciones a la adquisición de los bienes desaparecen y se produce el tránsito al transmisario, que, a su vez, podrá ejercitar tanto su *ius delationis* como el que le es transmitido por herencia de su causante, el heredero transmitente.

Refuerza esta conclusión la doctrina jurisprudencial de la Sala recogida en las Sentencias citadas del TS 936/2018, de 5 de junio (rec. núm. 1358/2017 –NFJ070611–), y 434/2019, de 29 de marzo (rec. núm. 1397/2017 –NFJ073177–), en las que se declara que la correcta interpretación de los preceptos examinados impide hablar de adquisición de la herencia cuando no ha habido aceptación, de forma que solo hay adquisición en caso de aceptación –expresa o tácita– (art. 3.1 a) de la LISD); que, si bien la aceptación retrotrae sus efectos a la fecha del fallecimiento (arts. 24 de la LISD y 989 del CC), ello no equivale a la posibilidad de suceder sin aceptar y, desde el punto de vista tributario, a que haya una aceptación presunta o ficticia de quien se sabe de modo formal y cierto que no aceptó; que si solo hay una adquisición, acontece una sola vez el hecho imponible (art. 3.1 a) de la LISD), y que el derecho de transmisión opera un efecto transmisivo no de la herencia del transmitente, sino una traslación del *ius delationis* en favor de los transmisarios para aceptar en lugar de aquel la herencia del causante originario.

La propia Sala reconoce que ha emitido algún pronunciamiento interpretando el apartado 3 del artículo 24 de la LISD en el sentido de que la ley posibilita la adquisición en un momento posterior cuando el título transmisivo contenga una condición, término o fideicomiso. En la Sentencia de 28 de marzo de 2006 (rec. núm. 6806/2000 –NFJ022619–) resolvió que el embargo no constituye limitación o condición:

El embargo no supone limitación respecto a la adquisición. El embargo supone una traba respecto a la posibilidad de disposición, al igual que sucede en muchos otros casos en los que se hereda un determinado bien con una carga real, con un derecho real sobre cosa ajena, o con cualquier otra limitación legal.

Y concluye que «la adquisición hereditaria aquí cuestionada no se supeditó a condición, término, fideicomiso ni otra limitación», por lo que fácilmente se advierte que nada tiene que ver con la cuestión del *ius transmissionis*.

En la Sentencia del TS de 7 de mayo de 2013 (rec. núm. 6305/2010 –NFJ051161–), Sala Tercera, se examinó el momento de la sucesión hereditaria generadora del hecho imponible a efectos de determinar si era aplicable un beneficio sucesorio establecido en virtud de una norma que entró en vigor después de la muerte del causante, pero antes de la protocolización del testamento ológrafo, pero, en ese caso, la institución de heredero se producía en el testamento, independientemente de las formalidades a las que debía verse sometido el testamento ológrafo, lo que evidentemente difiere de la situación creada por el *ius transmissionis*.

Por todo ello, la consecuencia que se extrae, tanto de los preceptos examinados como de la jurisprudencia citada, es que el *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho de la Administración a liquidar el impuesto sobre sucesiones y donaciones en aquellos supuestos de adquisiciones por causa de muerte en los que el heredero fallece sin aceptar ni repudiarla herencia y el derecho se transmite a sus herederos, que son quienes aceptan y adquieren la condición de sujetos pasivos del impuesto, es el momento del fallecimiento del transmitente.

3. Comentario crítico

3.1. Valoración de la sentencia

La mejor valoración crítica de la sentencia la encontramos en el voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Dmitry Berberoff Ayuda, que discrepa abiertamente de la interpretación que la sentencia hace del apartado 3 del artículo 24 de la LISD con relación al supuesto enjuiciado, en el que una heredera abintestato fallece sin aceptar ni repudiar la herencia de su hermana y el derecho se transmite a sus herederos. En particular, muestra su discrepancia con la apreciación de que dicha circunstancia constituya una «limitación en la adquisición de los bienes del causante originario, de las previstas en el apartado 3 del artículo 24 LISD que impida que se produzca el hecho imponible», lo que lleva a la sentencia a proclamar que «dicha adquisición "se hallaba suspendida" hasta que desapareciera la limitación, lo que tuvo lugar a la muerte de la transmitente».

La interpretación que debe alcanzarse de la jurisprudencia previa del TS debía conducir a una solución contraria a la que incorpora la propia sentencia:

A efectos sistemáticos y a partir de la expresada jurisprudencia, cabe enfatizar (i) que el derecho de transmisión (*ex* 1006 CC) no constituye una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que, subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario; (ii) que no hay, por tanto, una doble transmisión

sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*; (iii) que el fenómeno sucesorio del causante de la herencia se presenta con unidad orgánica y funcional, de forma que, aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente; (iv) y que se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, no dos hechos imponibles ni dos devengos del impuesto, afirmación válida para las sucesiones *mortis causa* regidas por el C.c., como en aquellas Comunidades Autónomas que reconozcan en su derecho civil común o especial el *ius transmissionis*, de forma semejante, como sucede con el Código Civil de Cataluña.

Partiendo de estas premisas, la sentencia afirma –correctamente– que no puede resultar controvertido que se produce una sola adquisición hereditaria y, por ende, un solo hecho imponible, y que el heredero transmisario sucede directamente a la primera causante, y no como sucesor del heredero transmitente, quien nunca llegó a aceptar la herencia de aquella. Por tanto, una aplicación coherente de esta conclusión, junto a las pautas interpretativas relevantes, derivadas de la jurisprudencia de la Sala Primera y de esta Sala Tercera, deberían haber llevado a la estimación del recurso de casación.

Así, no es posible avalar el desplazamiento del hecho imponible, a partir del fallecimiento del segundo causante, sobre la base de la interpretación conjunta de los artículos 3.1 a) y 24.3 de la LISD, entendiendo que es, en ese momento, en el que se produce efectivamente el hecho imponible, consistente en la adquisición de bienes y derechos y en el que, en definitiva, se concreta el sujeto pasivo del impuesto, por lo que solamente a partir del mismo puede la Administración determinar y liquidar la deuda tributaria. Al desestimar el recurso de casación, la sentencia ampara dicho criterio, considerando que la no aceptación del heredero transmitente impide que se produzca el hecho imponible.

El *dies a quo* del plazo de prescripción debe situarse en el momento del fallecimiento del primer causante, porque así se infiere del apartado 1 del artículo 24 de la LISD, en cuya virtud, en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante y, a todos los efectos, la causante es la primera fallecida, no la segunda, puesto que existe una única sucesión. Desde esta perspectiva, el cómputo del periodo de prescripción se inicia desde el momento del hecho imponible, es decir, desde la defunción del primer causante, y no del segundo, pues a ese instante se retrotraen los efectos de la aceptación (arts. 24 de la LISD y 989 del CC).

Es evidente que no parece que el apartado 3 del artículo 24 de la LISD esté pensado para situaciones como la que recoge el artículo 1006 del CC. En estos casos, los bienes de la primera herencia nunca se integraron en la segunda herencia, de modo que el plazo de prescripción empieza a contar desde que se produce la defunción del primero, pues a dicha fecha se retrotraen los efectos de la aceptación. Además, el fallecimiento del heredero

transmitente, determinante de la imposibilidad de que pudiera aceptar o renunciar la herencia, en modo alguno puede entenderse como una limitación en la adquisición (por parte de un tercero) de los bienes del causante, impeditiva de la producción del hecho imponible. El fallecimiento de aquel sin aceptar o renunciar la herencia únicamente comporta el efecto transmisivo del derecho, que opera como presupuesto para legitimar la aceptación o rechazo de la herencia que, *ex lege*, ostenta el heredero transmissario.

La aplicación *ex lege* del derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del CC no es una limitación –como apunta la sentencia–. No puede mantenerse que, en relación con los bienes que alimentan la controversia, el transmissario viera limitado su derecho a su adquisición, básicamente, porque no era titular de tal derecho, dado que para su adquisición estaba llamado el heredero transmitente. Tras su fallecimiento, se produce la transmisión del derecho, determinante de la posibilidad de que el transmissario pudiera aceptar o rechazar los bienes que podrían haber correspondido a la heredera transmitente y que, conforme a todo lo expresado, al existir una única sucesión, los adquirió directamente del primer causante sin limitación o condición alguna. De igual manera, tampoco «se hallaba suspendida» dicha adquisición hasta que desapareciera la pretendida limitación que, según la sentencia, tiene lugar a la muerte de la transmitente. Por tanto, no puede compartirse la interpretación que la sentencia realiza del apartado 3 del artículo 24 de la LISD y, en particular, de que, en este caso, hubiera existido una limitación en la adquisición que se produjo por parte del recurrente con relación a los bienes de la primera causante.

En consecuencia, si la liquidación del derecho a liquidar el impuesto sobre sucesiones de la primera herencia se encontraba ya prescrito en el momento en el que se produjo la aceptación de la herencia por parte de transmissario, en ningún caso puede rehabilitarse el título de la prescripción que, como es sabido, resulta ser un modo de extinción de acciones o derechos por el transcurso del tiempo, que en el ámbito tributario se traduce en que todas las deudas podrán ser reclamadas en unos plazos establecidos legalmente y, si ese tiempo vence, la Administración ya no puede perseguir la recaudación de dichas deudas por encontrarse prescritas.

3.2. Interpretación restrictiva del artículo 24.3 de la LISD

La sentencia se aparta de la interpretación que el TS había venido postulando de la limitación que recogen los artículos 24.3 de la LISD y 47.3 del RISD. Estos preceptos estarían pensados en pactos entre partes que condicionan o posponen la adquisición de la propiedad sobre los bienes.

En la Sentencia de 28 de marzo de 2006 (rec. núm. 6806/2000 –NFJ022619–) se señaló que la existencia de un embargo sobre los bienes hereditarios no constituye una condición, término o fideicomiso en el sentido del artículo 24.3 de la LISD que traslade el devengo del

impuesto a un momento diferente al del fallecimiento del causante, y es que el embargo no supone una limitación respecto de su adquisición, sino una traba respecto a su posibilidad de disposición.

En estos casos, la adquisición se produce conforme a las normas civiles, sin limitación alguna, con aceptación expresa y con retroacción de los efectos al momento del fallecimiento del causante. Por tanto, el embargo de los bienes hereditarios no supone una traba respecto a la posibilidad de disposición, al igual que sucede en muchos otros casos en los que se hereda un determinado bien con una carga real, con un derecho real sobre cosa ajena o con cualquier otra limitación legal. Por la herencia se adquiere activo y pasivo, y por la aceptación de la misma el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias.

Es cierto que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario supone que el heredero no responde de las obligaciones del causante ni de las cargas hereditarias con sus propios bienes, sino únicamente con los bienes de la herencia. Pero el hecho de que la herencia pueda tener incluso un valor liquidativo negativo en absoluto supone que su aceptación o su adquisición esté suspendida por una limitación, limitación que de ningún modo se refiere al valor de los bienes hereditarios, sino al momento de adquisición de los mismos.

La Sentencia 265/2024, de 19 de febrero (rec. núm. 5126/2022 –NFJ092298–), ha determinado el momento en el que se produce el devengo del impuesto sobre sucesiones cuando la adquisición de la condición de heredero forzoso se produce como consecuencia del reconocimiento de una filiación por sentencia firme dictada con posterioridad al óbito del progenitor y causante. En este caso, también ha rechazado la aplicación del apartado 3 del artículo 24 de la LISD, puesto que no puede aceptarse que la adquisición de la condición de heredero forzoso con posterioridad al fallecimiento del causante suponga una limitación que posibilite la adquisición posterior del derecho a la herencia, conforme a los artículos 24.3 de la LISD y 47.3 del RISD, pues los referidos preceptos están pensando en pactos entre partes que condicionan o posponen la adquisición de la propiedad sobre los bienes, pero no es lo que ocurre en la adquisición de la condición de heredero forzoso derivada, *ex lege*, de la propia filiación.

En la sentencia recurrida se menciona que anteriormente se había dictado un acuerdo de liquidación provisional que partía de las disposiciones testamentarias del causante en las que el recurrente no constaba como hijo ni como heredero, sino tan solo como legatario. Fue el reconocimiento judicial como hijo del causante, por Sentencia en la que se determinó la filiación de 7 de abril de 2008, confirmada en apelación en Sentencia de 23 de noviembre de 2009, el que motivó el dictado de una nueva liquidación que se sitúa en el origen de esta litis. Frente a esta segunda liquidación se interpuso reclamación económico-administrativa que fue desestimada y fue recurrida y nuevamente desestimada por el TSJ de Canarias cuya resolución se recurre ahora en casación y que resolvió que

la reducción por parentesco aplicada es la que correspondía a los descendientes en la fecha de devengo, la del fallecimiento, sin que pueda aplicarse la bonificación del 99,9 % recogida en la disposición adicional decimonovena de la Ley 14/2007 de Canarias, toda vez que la entrada en vigor de la misma se produjo el 1 de enero de 2008, esto es, con posterioridad a la fecha de fallecimiento. La recurrente sostenía, en esencia, que la fecha de la adquisición de la herencia no es la del fallecimiento del causante, sino la de la firmeza de la sentencia de filiación. Considera que no puede nacer el derecho a la herencia como heredero forzoso antes de que se determine la filiación, y entiende que la situación se incardina en los supuestos del artículo 24.3 de la LISD en cuanto que el no haberse declarado la filiación al tiempo del fallecimiento es una limitación a la efectiva adquisición del derecho a la herencia.

A juicio del TS, la existencia de un procedimiento judicial de filiación tampoco supone una limitación de este tipo. Reiteradamente se ha expuesto que en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devenga el día del fallecimiento del causante. Conforme al artículo 112 del CC, la filiación, como hecho biológico, produce efectos independientemente del hecho jurídico, de forma que dicho precepto establece como norma general los efectos retroactivos de la determinación legal de filiación. La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, retrotrayendo sus efectos al momento del fallecimiento del causante, y ello pese a que la sentencia que declare la filiación sea posterior. Además, en este caso, como heredero forzoso o legitimario había aceptado la herencia mediante escritura de 18 de junio de 2014, por lo que la adquisición de la herencia se produjo, conforme a las normas civiles, sin limitación alguna, con aceptación expresa y con retroacción de los efectos al momento del fallecimiento del causante. Por tanto, el impuesto sobre sucesiones se devenga en la fecha del fallecimiento, y no en la fecha de la sentencia firme que declara la filiación no matrimonial.

No puede aceptarse que la adquisición de la condición de heredero forzoso con posterioridad al fallecimiento del causante suponga una limitación que posibilite la adquisición posterior del derecho a la herencia, conforme a los artículos 24.3 de la LISD y 47.3 del RISD, pues los referidos preceptos están pensando en pactos entre partes que condicionan o posponen la adquisición de la propiedad sobre los bienes, pero no es lo que ocurre en el caso que se enjuicia, que se refiere a la adquisición de la condición de heredero forzoso derivada, *ex lege*, de la propia filiación. Así, el momento en el que se produce el devengo del impuesto sobre sucesiones cuando la adquisición de la condición de heredero forzoso se produce como consecuencia del reconocimiento de una filiación por sentencia firme dictada con posterioridad al óbito del progenitor y causante es el del fallecimiento del causante y no la fecha de la firmeza de la sentencia que declaró la filiación.

Por tanto, la posición tradicional del Alto Tribunal ha sido muy restrictiva a la hora de extender el ámbito de aplicación del artículo 24.3 de la LISD, circunscrito a supuestos en los que se ha establecido una condición, término, fideicomiso o cualquier limitación por el propio causante.

3.3. Fideicomisos o condiciones suspensivas

Fuera ya de la jurisprudencia del TS, encontramos casos analizados por la Dirección General de Tributos (DGT) del Ministerio de Hacienda. En la Consulta V0136/2023, de 3 de febrero (NFC085410), se plantea el supuesto de un causante que había designado un legado que consistía en el nombramiento del legatario como fiduciario de un inmueble, teniendo la facultad de disposición del inmueble por actos *inter vivos* en caso de necesidad. En caso de que el albacea consintiera, el importe de la venta debería ser ingresado en una cuenta separada de la que podrá disponer la fiduciaria en caso de necesidad. Al fallecimiento del fiduciario, si el inmueble no se había vendido o, en su caso, el dinero resultante, debía pasar a los fideicomisarios designados por el testador.

La tributación de los fideicomisarios por el legado, con independencia de la declaración que hayan tenido que hacer como herederos en el momento del fallecimiento del primer causante, queda suspendida al momento en el que fallezca el fiduciario; en ese momento, los bienes que reciban los fideicomisarios tributarán por el valor y los tipos de gravamen actuales y heredarán directamente del primer causante, el testador. Por otra parte, la fiduciaria tendría derecho a la devolución de la parte del impuesto correspondiente a la nuda propiedad de los bienes de los que no hubiera dispuesto. Como vemos, es un supuesto típico en el que el propio causante demora la adquisición de los fideicomisarios y, por tanto, el devengo de la herencia, que, no olvidemos, es la del causante originario y no la del fiduciario.

Otro ejemplo de demora del devengo de la herencia es el que resuelve la Consulta V4246/2016, de 4 de octubre (NFC062849). Aquí se establece un legado sometido a condición suspensiva, por lo que el impuesto no se devenga con el fallecimiento del causante, sino con la venta de las fincas legadas o, pasados los diez años, según los términos establecidos por el testador. Señala en este caso que, mientras que el fallecimiento del causante determina el comienzo del plazo de declaración o autoliquidación, el devengo del impuesto determina el nacimiento de la obligación tributaria principal. En otras palabras, la presentación de la declaración debe realizarse en general en el plazo de seis meses desde el fallecimiento de la causante, incluyendo tanto la herencia como el legado condicional, pero la obligación de pago no nacerá hasta que no se haya devengado el impuesto, momento que, en general, coincidirá con el fallecimiento de la causante, pero que queda diferido al momento en el que se cumpla la condición o desaparezca la limitación si la efectividad de la adquisición se halla suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, como es el caso del legado en cuestión. Una vez cumplida la condición suspensiva (en este caso, la venta de las fincas o pasados los diez años), los legatarios tendrán que realizar una declaración o autoliquidación complementaria para efectuar el pago correspondiente al legado.

Por último, si queremos mencionar que, aunque el criterio del TS resulta sorprendente a la vista de sus anteriores pronunciamientos, la DGT ya había emitido la Consulta V0482/2023,

de 1 de marzo (NFC085354), señalando que, en estos casos, el impuesto sobre sucesiones y donaciones por los bienes y derechos adquiridos del primer causante se devenga el día del fallecimiento del segundo causante o heredero transmitente, ya que no es hasta ese momento en el que los causahabientes pueden aceptar la herencia y, por lo tanto, adquirir los bienes y derechos que integran el caudal relicto del primer causante, convirtiéndose en sujetos pasivos del impuesto.

Referencia bibliográfica

Martín Barahona, F. (27 de abril de 2021). Nuevo criterio adoptado por el TSJ de Castilla y León sobre el devengo de la herencia en la transmisión del ius delationis.

Fiscal Impuestos. CEF. <https://www.fiscal-impuestos.com/devengo-herencia-transmision-ius-delationis-cambio-criterio.htm>



El mercado de verificación de la información sobre sostenibilidad en Europa

Beatriz Aibar-Guzmán (autora de contacto)

Universidad de Santiago de Compostela (España)

beatriz.aibar@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-7410-5997>

Isabel María García-Sánchez

Universidad de Salamanca (España)

lajefa@usal.es | <https://orcid.org/0000-0003-4711-8631>

Cristina Aibar-Guzmán

Universidad de Santiago de Compostela (España)

cristina.aibar@usc.es | <https://orcid.org/0000-0002-1229-9631>

Extracto

La Directiva (UE) 2022/2464 pretende consolidar y perfeccionar los avances en materia de transparencia corporativa logrados por la Directiva (UE) 2014/95 estableciendo un conjunto de iniciativas orientadas a equiparar la información sobre sostenibilidad con la información financiera garantizando el acceso digital a datos comparables y fiables por parte de los grupos de interés. En este sentido, establece como requisito obligatorio que la información sobre sostenibilidad presentada por las empresas sea verificada por un profesional independiente, que estará sujeto a requisitos asimilables a los previstos actualmente para los auditores de cuentas. En la idea de que conocer mejor la evolución experimentada por las empresas de la Unión Europea en materia de verificación de información sobre sostenibilidad puede ser de ayuda ante el advenimiento de su carácter obligatorio, este trabajo presenta el estado actual del mercado de verificación en Europa, determinando las cuotas de mercado de los diferentes proveedores del servicio y las implicaciones que tiene la selección de estos profesionales sobre el desempeño en materia de sostenibilidad a nivel empresarial y la neutralidad de la información sobre sostenibilidad divulgada. Los resultados obtenidos



Cómo citar: Aibar-Guzmán, B., García-Sánchez, I. M.^a y Aibar-Guzmán, C. (2024). El mercado de verificación de la información sobre sostenibilidad en Europa. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 157-194. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22315>



para una muestra de 1.687 grandes empresas europeas en el periodo 2010-2022 evidencian que la publicación de la Directiva (UE) 2014/95 ha conllevado un importante desarrollo del mercado de verificación en Europa, especialmente en aquellos países en los que en su transposición se incorporó la obligatoriedad de la contratación de este servicio. Las compañías analizadas apuestan por la contratación de auditores financieros versus consultores, lo que tiene consecuencias importantes para el desempeño en materia de sostenibilidad de las compañías analizadas y la contención de prácticas de *greenwashing* en sus informes de sostenibilidad.

Palabras clave: memorias de sostenibilidad; verificación de sostenibilidad; mercado de verificación; *greenwashing*; neutralidad de la información; desempeño ESG; Unión Europea; Directiva (UE) 2014/95; Directiva (UE) 2022/2464.

Recibido: 15-05-2024 / Aceptado: 21-06-2024 / Publicado: 03-07-2024

The market of assurance of sustainability reports in Europe

Beatriz Aibar-Guzmán (corresponding author)

Isabel María García-Sánchez

Cristina Aibar-Guzmán

Abstract

Directive (EU) 2022/2464 aims to consolidate and build on the progress made on corporate transparency under Directive (EU) 2014/95 by establishing a set of initiatives aimed at equating sustainability information with financial data and ensuring stakeholders' digital access to comparable, reliable data. In this regard, it mandates that companies' sustainability information must undergo assurance by an independent professional, who will be subject to requirements akin to those for financial auditors. In the belief that a better understanding of how companies in the European Union have developed in the area of assurance of sustainability information may be helpful in view of the advent of its mandatory nature, this paper examines the current state of the assurance market in Europe, delineating market shares among different assurance providers and assessing the impact that the selection of these professionals has on company-level sustainability performance and the neutrality of disclosed sustainability information. Drawing from a sample of 1,687 large European companies spanning 2010-2022, the findings reveal that the enactment of Directive (EU) 2014/95 has spurred significant growth in the assurance market in Europe, particularly in jurisdictions where its transposition mandates the procurement of this service. The companies under study demonstrate a preference for engaging financial auditors over consultants. This choice bears significant implications for both the sustainability performance of these companies and the mitigation of greenwashing practices within their sustainability reports.

Keywords: sustainability reporting; sustainability assurance; assurance market; greenwashing; information neutrality; ESG performance; European Union; Directive (EU) 2014/95; Directive (EU) 2022/2464.

Received: 15-05-2024 / Accepted: 21-06-2024 / Published: 03-07-2024

Citation: Aibar-Guzmán, B., García-Sánchez, I. M.^a y Aibar-Guzmán, C. (2024). El mercado de verificación de la información sobre sostenibilidad en Europa. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 496, 157-194. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2024.22315>



Sumario

1. Introducción
 2. Las deficiencias de la información sobre sostenibilidad y el servicio de verificación
 3. El mercado de la verificación
 4. Método
 - 4.1. Población y muestra
 - 4.2. Metodología de análisis
 5. Evolución dinámica y situación actual del mercado de verificación
 - 5.1. Evolución de la demanda del servicio de verificación
 - 5.2. ¿Quiénes son los verificadores?
 - 5.3. Duración del contrato para la prestación del servicio de verificación
 6. El impacto de la verificación en la sostenibilidad empresarial
 - 6.1. Verificación y *reporting*: prácticas de *greenwashing*
 - 6.2. Verificación y desempeño ESG
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo ha sido elaborado por los miembros de uno de los grupos de investigación seleccionados en la convocatoria 2023-2024 de Grupos de Investigación, promovida por el CEF.- Centro de Estudios Financieros, para la divulgación de artículos de carácter científico en el campo de la información financiera y no financiera, con especial énfasis en el ámbito global de la contabilidad y su utilidad práctica a la realidad empresarial.

1. Introducción

La Directiva (UE) 2014/95 supuso un avance significativo en la transparencia corporativa al imponer a las grandes empresas y grupos de interés público la obligación de divulgar información no financiera y de diversidad, promoviendo la transparencia en aspectos medioambientales, sociales y de gobernanza. Si bien la Directiva (UE) 2014/95 requiere que los auditores verifiquen la inclusión de dicha información en los informes anuales, no exige una verificación exhaustiva de la exactitud y/o calidad de la información divulgada, dejando a discreción de los Estados miembros la potestad de implementar o no requisitos adicionales de verificación independiente de la información sobre sostenibilidad. Como resultado, existe una alta variabilidad en lo que respecta a la rigurosidad de la verificación entre los distintos países de la Unión Europea (UE), con solo tres países (España, Francia e Italia) en los que la verificación de la información sobre sostenibilidad es obligatoria (Free *et al.*, 2024; García-Sánchez y Sierra-García *et al.*, 2022).

Para asegurar la precisión, fiabilidad y consistencia de la información divulgada, fortaleciendo así la confianza de los inversores y otros grupos de interés, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (directiva CSRD, por sus siglas en inglés), establece un marco legal que garantiza que la información sobre sostenibilidad divulgada por las empresas satisface las necesidades de información de los distintos usuarios. En este sentido, su objetivo principal es equiparar la información sobre sostenibilidad con la información financiera garantizando el acceso digital a datos comparables y fiables por parte de los grupos de interés. Esta norma también supone un avance importante para el desarrollo de estándares de sostenibilidad en el ámbito global (Ortiz *et al.*, 2023). Con el fin de cubrir la insuficiencia de información sobre sostenibilidad que se divulga al mercado, se introducen obligaciones más detalladas sobre los aspectos que se deben divulgar en relación con el impacto de las empresas en el medioambiente, los derechos humanos y los factores sociales basadas en criterios comunes y alineados con los objetivos de la UE sobre el clima. Además, para aumentar la credibilidad de los informes de sostenibilidad y garantizar que las empresas proporcionan información fiable y que los inversores cuentan con datos comparables, se establece la obligatoriedad de que la información sobre sostenibilidad sea verificada por un auditor o verificador independiente acreditado.

Según el International Audit and Assurance Standards Board (IAASB), la verificación de la información sobre sostenibilidad consiste en:

un encargo en el que un profesional ejerciente pretende obtener evidencia suficiente y adecuada para expresar una conclusión destinada a aumentar el grado de confianza de los usuarios a los que se destina, distintos de la parte responsable, acerca de la información relevante (IAASB, 2013, p. 7).

Aunque se trata de algo relativamente reciente, pues los primeros casos de verificación voluntaria e independiente de los informes de sostenibilidad datan de finales de los años noventa (O'Dwyer y Owen, 2005), la demanda de servicios de verificación de la información sobre sostenibilidad por parte de las empresas ha experimentado un notable crecimiento en los últimos años, a pesar de su carácter voluntario en la mayoría de los países (Alsahali *et al.*, 2023; Krasodomska *et al.*, 2023; Luo *et al.*, 2023; Thompson *et al.*, 2022). Sin embargo, este crecimiento no está exento de desafíos como, por ejemplo, la diversidad de estándares y enfoques de informes de sostenibilidad, la falta de uniformidad en los requisitos de verificación y la variedad de posibles proveedores de servicios de verificación (Farooq y De Villiers, 2017; Free *et al.*, 2024; Martínez-Ferrero y García-Sánchez, 2018). En efecto, se ha observado que las prácticas de verificación de la información sobre sostenibilidad y, por tanto, la calidad/utilidad del servicio y su valor percibido pueden variar considerablemente en términos del tipo de proveedor del servicio, el alcance de este o los estándares de verificación utilizados (Alsahali y Malagueño, 2022; Baier *et al.*, 2022; Michelon *et al.*, 2019; Pflugrath *et al.*, 2011).

En este sentido, con un enfoque retrospectivo, en este artículo exploramos la evolución y estado actual del mercado de verificación de los estados de información no financiera (EINF) o memorias de sostenibilidad en Europa con un doble objetivo:

1. Proporcionar una panorámica de la evolución experimentada entre 2010 y 2022 por el mercado de verificación de la información no financiera o de sostenibilidad en la UE y sus características (cuotas de mercado de los diferentes proveedores de servicios de verificación, duración del contrato de verificación), identificando trayectorias y tendencias a nivel de los distintos países de la UE.
2. Analizar las implicaciones que tienen la contratación de servicios de verificación y el tipo de proveedor contratado sobre el desempeño en materia de sostenibilidad en el ámbito empresarial y la neutralidad de la información divulgada por las principales compañías europeas. Con ello pretendemos destacar la importancia de la verificación como un instrumento clave para abordar los desafíos y deficiencias inherentes a la divulgación de información sobre sostenibilidad y ofrecer unas reflexiones críticas sobre las medidas que podrían adoptarse para mejorar la eficacia y relevancia de este proceso en el contexto europeo.

Nuestros resultados muestran que las empresas europeas se encuentran en una posición aventajada para atender a las exigencias que la directiva CSRD conllevará en el proceso de elaboración de sus memorias de sostenibilidad o EINF y respecto a la contratación de servicios de verificación. El camino recorrido está especialmente asociado a la aparición de la Directiva 2014/95/UE y las mayores exigencias que determinados países incluyeron en la transposición de esta directiva al ordenamiento jurídico nacional. Constatamos también que el mercado de la verificación está controlado principalmente por auditores financieros, en especial, por las *Big 4*. Además, nuestros resultados indican que la contratación de este servicio promueve prácticas más responsables en el seno de las compañías verificadas al alcanzar mayores niveles de desempeño en materia de sostenibilidad y prácticas divulgativas más neutrales en relación con la información sobre sostenibilidad que divulgan. Estos impactos difieren ligeramente entre las diferentes tipologías de verificadores analizados, estando especialmente asociadas a la profesión contable y las grandes sociedades de auditoría (*Big 4*).

El resto del trabajo se estructura de la siguiente manera. Tras esta introducción, se realiza una breve discusión acerca las deficiencias que presentan la información sobre sostenibilidad y el servicio de verificación y cómo la nueva directiva CSRD intenta solucionarlas (epígrafe 2). Dentro del marco teórico del estudio se incluye también una referencia al mercado de verificación y las características de los distintos tipos de proveedores del servicio (epígrafe 3). A continuación, se explica el diseño del estudio empírico, incluyendo una explicación sobre los criterios utilizados para seleccionar la muestra y la descripción de las variables (epígrafe 4); tras lo cual se presentan y discuten los principales resultados con relación a la evolución dinámica y situación actual del mercado de verificación en Europa (epígrafe 5) y al impacto de la verificación en la sostenibilidad empresarial (epígrafe 6). El artículo finaliza con las principales conclusiones derivadas de los resultados del estudio realizado y una referencia a las limitaciones y posibles ampliaciones futuras del trabajo (epígrafe 7).

2. Las deficiencias de la información sobre sostenibilidad y el servicio de verificación

Los EINF y las memorias de sostenibilidad constituyen una herramienta vital por medio de las cuales las empresas comunican sus compromisos, prácticas y resultados en términos de sostenibilidad medioambiental, social y de gobernanza (ESG, por sus siglas en inglés) a sus grupos de interés (Simoni *et al.*, 2020; Wong *et al.*, 2016). Sin embargo, la proliferación de este tipo de informes ha suscitado preocupaciones sobre su calidad, consistencia y credibilidad (Ballou *et al.*, 2018; Free *et al.*, 2024) que pueden socavar la confianza de los inversores y demás grupos de interés en la integridad de la información divulgada (Alsahali y Malagueño, 2022). En este contexto, la verificación emerge como un mecanismo crucial para garantizar la fiabilidad y credibilidad de la información contenida en los EINF y memorias de sostenibilidad (Boiral *et al.*, 2019; Simoni *et al.*, 2020).

La UE ha sido pionera en el desarrollo de una regulación en materia de presentación de informes de sostenibilidad (García-Sánchez *et al.*, 2023; García-Sánchez y Sierra-García *et al.*, 2022; Ortiz *et al.*, 2023). La Directiva (UE) 2014/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos (directiva NFR), marcó un hito significativo en el impulso hacia una mayor transparencia y rendición de cuentas en materia de sostenibilidad empresarial en la UE. Sin embargo, su transposición a la legislación nacional de los Estados miembros ha sido heterogénea y ha dado lugar a diferencias sustanciales en los enfoques regulatorios y los requisitos de divulgación entre los distintos países (García-Sánchez y Sierra-García *et al.*, 2022). Francia, España e Italia son los únicos Estados miembros que han reconocido la importancia de asegurar la calidad y la fiabilidad de la información sobre sostenibilidad divulgada estableciendo la obligatoriedad de la verificación de los EINF o memorias de sostenibilidad; el resto han optado por un enfoque menos prescriptivo en este ámbito y han dejado en manos de las empresas la decisión de someter la información sobre sostenibilidad a verificación. Esta divergencia planteaba desafíos significativos en términos de armonización y coherencia regulatoria en materia de información sobre sostenibilidad en el seno de la UE (Free *et al.*, 2024).

Dos de los desafíos más prominentes en relación con la presentación de informes de sostenibilidad y la verificación de estos, que han sido objeto de gran atención por parte de académicos y profesionales, son las estrategias de gestión de impresiones y las prácticas de *greenwashing* detectadas en las memorias de sostenibilidad (Free *et al.*, 2024) y la contratación simbólica de servicios de verificación (Boiral *et al.*, 2019; Wong *et al.*, 2016). En lo que respecta a las primeras, pueden incluir la divulgación selectiva de información positiva, el uso de lenguaje vago o ambiguo y la omisión de datos relevantes que podrían proporcionar una imagen poco favorable del desempeño de la empresa en materia de sostenibilidad y, en general, han sido explicadas por la voluntariedad en la normalización y verificación de esta información (Testa *et al.*, 2018). Desde una perspectiva optimista, algunos autores (por ejemplo, Free *et al.*, 2024) sugieren que el *greenwashing* podría desempeñar un papel facilitador al resaltar la necesidad de una verificación independiente y rigurosa de la información sobre sostenibilidad recogida en las memorias de sostenibilidad y los informes anuales.

Por otra parte, la contratación simbólica de los servicios de verificación de los EINF o memorias de sostenibilidad implica que esta decisión está motivada por consideraciones de imagen y reputación más que por un genuino compromiso con la transparencia y la mejora del desempeño en materia sostenibilidad (Boiral y Gendron, 2011). Es decir, en lugar de utilizar la verificación como una herramienta para garantizar la precisión y la fiabilidad de la información sobre sostenibilidad divulgada (Simoni *et al.*, 2020), las empresas la usan como una estrategia para transmitir a los inversores y demás grupos de interés la impresión de que sus informes son fiables y creíbles (Alsahali *et al.*, 2023; García-Sánchez y Hussain *et al.*, 2022). Este uso simbólico de la contratación de servicios de verificación por parte de las empresas muestra paralelismos con la certificación de sistemas de gestión medioam-

biental bajo normativas como ISO 14001 y EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*) evidenciando cómo, en respuesta a presiones externas, las empresas adoptan estas prácticas para preservar su legitimidad (Chowdhury *et al.*, 2018; Marrucci y Daddi, 2022).

La adopción superficial de los servicios de verificación no solo distorsiona la percepción de los usuarios de la información sobre la calidad y el valor de la información divulgada sobre sostenibilidad, sino que también socava la integridad del proceso de verificación. Dado que esta posible utilización simbólica de la verificación está vinculada a la selección de distintos proveedores y a diferentes niveles de calidad del servicio de verificación, se plantea la necesidad de regular el mercado de verificación mediante el establecimiento de pautas y estándares claros que definan las características del proceso de verificación y de su *output*, así como habilidades y antecedentes requeridos de los proveedores del servicio (Alsahali y Malagueño, 2022; Farooq y De Villiers, 2017).

Como se observa en el cuadro 1, la directiva CSRD pretende abordar estos desafíos mediante el establecimiento de unas normas comunes de presentación de la información sobre sostenibilidad, las Normas europeas de información sobre sostenibilidad (NEIS), basadas en el trabajo técnico del European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), y de la obligatoriedad para las empresas de verificar su información sobre sostenibilidad por un auditor o certificador independiente acreditado, así como regulando las condiciones de prestación del servicio.

Cuadro 1. Propuestas de la directiva CSRD y retos actuales en la información sobre sostenibilidad

Dilemas/demandas		Propuestas directiva CSRD
Estrategias gestión de impresiones y prácticas de <i>greenwashing</i>	Voluntariedad	<i>Obligatoriedad</i> Normas de elaboración de informes de sostenibilidad basadas en el trabajo técnico del EFRAG: NEIS. Verificación.
	Diferentes proveedores de verificación Distintos niveles de calidad del servicio	<i>Establecimiento de requisitos</i> Proceso de verificación. Proveedor del servicio.

Fuente: elaboración propia

Al respecto, el anteproyecto de Ley de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza por el que se transpone la directiva CSRD al ordenamiento jurídico español regula las condiciones de prestación del servicio de verificación y el contenido del informe de verificación. En concreto, propone que este servicio

pueda ser prestado por: (i) una sociedad de auditoría o un auditor de cuentas, que puede corresponderse con los que auditan la información financiera de la entidad, o bien, tratarse de otra sociedad de auditoría u otro auditor diferente; o (ii) por una sociedad de verificación acreditada o un prestador independiente de servicios de verificación acreditado. Adicionalmente, el anteproyecto de ley establece un conjunto de requisitos necesarios para poder ser verificador que se resumen en el cuadro 2.

Cuadro 2. Requisitos para verificar informes de sostenibilidad

Tipos de prestadores del servicio	Requisitos
Sociedades	Sociedades de auditoría, o bien, sociedades acreditadas por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como prestadores independientes de servicios de verificación que cuenten con verificadores que estén autorizados para realizar el trabajo de verificación y firmar los informes de verificación de la información sobre sostenibilidad en nombre de la sociedad.
Personas físicas	Audidores inscritos en el ROAC (obligados a realizar formación continuada) y las personas físicas incluidas en las relaciones de personal a su servicio que los prestadores de servicios de verificación hubieran utilizado en su proceso de acreditación en ENAC (esto se acreditará mediante certificado expedido por ENAC junto con la documentación justificativa del vínculo contractual entre las personas físicas y la entidad acreditada). Serán registrados como verificadores sin más requisitos, pudiéndose incluir a aquellos profesionales que a 1 de enero de 2024 hayan iniciado un proceso de obtención de la autorización del ICAC o la acreditación del ENAC y que finalice antes del 1 de enero de 2026. La inscripción puede realizarse como verificadores ejercientes (designados para firmar informes, acreditando la garantía financiera antes de enero 2025) o como verificadores no ejercientes (solo como colaboradores activos). Resto de los profesionales aspirantes a verificador. El sistema es equivalente al establecido para el acceso al ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas.

Fuente: Anteproyecto de Ley por la que se regula el marco de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza.

En este sentido, los requisitos para obtener la autorización del ICAC para ejercer la actividad se concretarían en los siguientes¹:

- a) Titulación universitaria. No se exigirá para aquellos que hayan cursado los estudios u obtenidos los títulos que faculden para entrar en la universidad y acrediten

¹ Vid. <https://www.icac.gob.es/sostenibilidad/verificacion>

una formación práctica en materia de verificación de la información anual individual y consolidada sobre sostenibilidad o en otros servicios relacionados con dicha información por un periodo de 2 años.

- b) Programas de enseñanza teórica. Quedan dispensados de esta obligación quienes posean un título universitario oficial en aquellas materias que se hayan cursado para la obtención de dichos títulos.
- Requisitos jurídicos y normas relativas a la preparación de la información sobre sostenibilidad.
 - Análisis de sostenibilidad.
 - Procesos de diligencia debida aplicados en las cuestiones sobre sostenibilidad.
 - Normas de verificación de la información sobre sostenibilidad.
- c) Formación práctica por un plazo de 8 meses en la verificación de la información sobre sostenibilidad individual o consolidada o en otros servicios relacionados con dicha información con un verificador o sociedad de verificación (en el caso de alguien que sea aspirante a auditor y a verificador, estos 8 meses se entienden incluidos en los 3 años que se exigen para ser auditor).
- d) Haber superado un examen de aptitud profesional respecto de las materias recogidas en el apartado b) anterior.

Todos los verificadores, a partir de su inscripción, se someterán a la obligación de formación continuada por un total de 30 horas en un periodo de 3 años, con un mínimo anual de 8 horas. Además, la directiva CSRD también establece que los verificadores deben sujetarse a una normativa que controle aspectos como la designación y el cese; la calidad del servicio prestado; la ética profesional, independencia, objetividad, confidencialidad y secreto; la organización del trabajo; la comunicación de irregularidades, y posibles investigaciones y sanciones, entre otros.

Algunas de estas propuestas ya han sido adoptadas voluntaria u obligatoriamente por las compañías como consecuencia de su incorporación en la transposición de la directiva NFR en algunos Estados miembros, si bien su adopción presenta distinto grado de desarrollo, tal y como puede observarse en trabajos como Free *et al.* (2024) y García-Sánchez y Sierra-García *et al.* (2022). En concreto, García-Sánchez y Sierra-García *et al.* (2022) documentan un impacto positivo de la directiva NFR en la contratación de servicios de verificación, aunque su impacto en las condiciones contractuales del servicio es moderado. Estos resultados confirman el efecto de las presiones institucionales a nivel país (en particular, las derivadas de la regulación) en la contratación del servicio de verificación de los EINF o memorias de sostenibilidad documentado por la literatura (Boiral *et al.*, 2019; Farooq y De

Villiers, 2017; García-Sánchez *et al.*, 2023; Krasodomska *et al.*, 2023; Simoni *et al.*, 2020; Wong *et al.*, 2016).

3. El mercado de la verificación

El mercado de verificación es un mercado abierto a la competencia en el que pueden intervenir diferentes proveedores del servicio (Ruiz-Barbadillo y Martínez-Ferrero, 2022; Simoni *et al.*, 2020). Además de las grandes firmas de contabilidad, hay una variedad de firmas especializadas en sostenibilidad y verificación de ESG que compiten por participación en el mercado y que ofrecen una gama de servicios y enfoques de verificación para satisfacer las necesidades específicas de las empresas (Alsahali y Malagueño, 2022; Farooq y De Villiers, 2019). La distribución y peso de estos tipos de verificadores pueden variar según la región, la industria y las regulaciones específicas de cada país (Bakarich *et al.*, 2023; Hsiao *et al.*, 2022; Wong *et al.*, 2016). En general, los estudios previos han demostrado que, tanto la calidad/utilidad del servicio como sus características y valor percibido pueden variar dependiendo de los diferentes proveedores de verificación (García-Sánchez, 2020; Martínez-Ferrero *et al.*, 2018; Michelon *et al.*, 2019; Pflugrath *et al.*, 2011). A su vez, se ha demostrado que diversos factores, como el tamaño, rentabilidad y liquidez de la empresa, influyen en la elección del proveedor del servicio (Fernández-Feijoo *et al.*, 2016; Wong *et al.*, 2016). En particular, el país de origen de la empresa es un factor determinante en la distribución del mercado de verificación de la información sobre sostenibilidad entre los distintos tipos de proveedores de verificación (Alsahali y Malagueño, 2022; Simoni *et al.*, 2020).

Tal y como han puesto de manifiesto en la literatura previa, los proveedores del servicio más habituales suelen ser auditores o consultores acreditados (Farooq y De Villiers, 2017, 2019; Wong *et al.*, 2016). La elección entre estos dos tipos de proveedores para llevar a cabo la verificación de la información sobre sostenibilidad refleja dos enfoques distintos (Hsiao *et al.*, 2022; Wong *et al.*, 2016). Los auditores, tradicionalmente responsables de evaluar la precisión y la integridad de los estados financieros de una empresa, aportan una perspectiva rigurosa y estructurada a la verificación de la información no financiera o de sostenibilidad (Alsahali y Malagueño, 2022; Boiral *et al.*, 2019; Pflugrath *et al.*, 2011). Su experiencia en la aplicación de estándares de auditoría y su enfoque en la detección de errores y fraudes los convierten en una opción sólida para garantizar la fiabilidad y la credibilidad de los informes de sostenibilidad (Farooq y De Villiers, 2019; Martínez-Ferrero y García-Sánchez, 2018; Michelon *et al.*, 2019). A su vez, dentro de los auditores, las *Big 4* tienen un papel destacado en el mercado de servicios de verificación debido a su alcance global, experiencia técnica y recursos (Ballou *et al.*, 2018; Fernández-Feijoo *et al.*, 2016). Su reputación establecida y su compromiso con los más altos estándares éticos y profesionales hacen que su presencia pueda proporcionar una garantía adicional de calidad y credibilidad la información sobre sostenibilidad divulgada por las empresas (Boiral *et al.*, 2019). Por otro lado,

los consultores suelen tener experiencia en consultoría estratégica y gestión empresarial, por lo que ofrecen un enfoque más holístico en la verificación de la información sobre sostenibilidad (Alsahali *et al.*, 2023; García-Sánchez, 2020). Su conocimiento profundo de los procesos operativos y estratégicos de una empresa les permite identificar oportunidades de mejora y ofrecer recomendaciones prácticas para fortalecer la sostenibilidad empresarial (Martínez-Ferrero *et al.*, 2018; Wong *et al.*, 2016). Sin embargo, su enfoque puede ser más flexible y menos estandarizado en comparación con el de los auditores, lo que puede plantear desafíos en términos de consistencia y comparabilidad en la verificación de la información sobre sostenibilidad (Farooq y De Villiers, 2017).

Con estos antecedentes, se plantean las siguientes preguntas:

1. ¿Cómo ha evolucionado la demanda de servicios de verificación de la información sobre sostenibilidad en la UE a nivel global y por países?
2. ¿Quiénes son los proveedores del servicio de verificación y cuál es su cuota de mercado?
3. ¿Cuál es la duración media del contrato de prestación de servicios de verificación?
4. ¿Qué impacto tiene la verificación en la sostenibilidad empresarial y la neutralidad de la información divulgada?
5. ¿Cómo varía este impacto en función del proveedor del servicio de verificación?

4. Método

4.1. Población y muestra

Adecuándonos a los objetivos de investigación, la población inicial se configuró a partir de las grandes empresas y grupos europeos cuya información está disponible en la base de datos Refinitiv. Para ello, de acuerdo con la Directiva delegada (UE) 2023/2775 de la Comisión, de 17 de octubre de 2023, se estableció como primer criterio de selección el que las compañías cumplieren durante dos ejercicios consecutivos al menos dos de los tres requisitos siguientes: tener un importe neto de la cifra de negocios superior a 50 millones de euros, un total de activos superior a 25 millones de euros y un cifra de empleados superior a 250 empleados.

Respecto a la base de datos Refinitiv, anteriormente denominada Thomson Reuters EIKON, su selección estuvo basada en la riqueza de la información sobre sostenibilidad que presenta. Al respecto, el segundo criterio utilizado para la configuración de la muestra de análisis está relacionado con la disponibilidad en esta fuente de la información que se

necesita para realizar los análisis estadísticos. El tercer criterio de selección muestral se refiere a la exigencia de que la empresa tenga una presencia mínima de 5 años en el periodo de tiempo observado. Umbral que corregiría el efecto que los cambios muestrales tendrían sobre nuestra evidencia.

Una vez aplicados estos criterios, la muestra final obtenida está configurada por un panel de datos no balanceado formado por 1.687 empresas europeas, lo que supone un total de 13.071 observaciones para el periodo 2010-2022. Durante el periodo seleccionado se han promulgado diferentes normas que obligan a las grandes empresas a divulgar información no financiera o de sostenibilidad, lo que permite observar una evolución dinámica en diferentes entornos institucionales desde el punto de vista normativo. Al respecto, las compañías analizadas operan en 8 sectores de actividad y tienen su sede principal en 24 países europeos.

4.2. Metodología de análisis

En la tabla 1 se presentan las variables empleadas en el análisis propuesto para determinar la situación actual del mercado de verificación y el impacto que la contratación de este servicio y la tipología de verificador tienen sobre el desempeño y la neutralidad de la información sobre sostenibilidad que están divulgando las principales empresas europeas.

Tabla 1. Variables diseñadas para el análisis del mercado de verificación y sus impactos

Servicio de verificación	Variable dicotómica que recibe el valor 1 para aquellas empresas que han contratado un servicio de verificación de sus EINF o memorias de sostenibilidad y 0 en caso contrario.
Auditor	Variable dicotómica que recibe el valor 1 para aquellas compañías que han contratado a un auditor financiero para la verificación de sus EINF o memorias de sostenibilidad y 0 en caso contrario.
Consultor	Variable dicotómica que recibe el valor 1 para aquellas compañías que han contratado a un consultor acreditado para la verificación de sus EINF o memorias de sostenibilidad y 0 en caso contrario.
Big4	Variable dicotómica que recibe el valor 1 para aquellas compañías que han contratado a una Big 4 para la verificación de sus EINF o memorias de sostenibilidad y 0 en caso contrario.
CSRgap	Variable numérica que mide la neutralidad de la información mediante el desacoplamiento entre la información que divulgan las compañías y su desempeño real, calculado mediante la diferencia entre el Score ESG de desempeño y el Score ESG de divulgación.





ESG	ESG Score de Refinitiv que mide el desempeño ambiental, social y de gobernanza a nivel empresarial.
ESGcomb	ESG Score de Refinitiv corregido en el caso de que hayan existido controversias públicas.
E	<i>Environmental Score</i> de Refinitiv que mide el desempeño de la dimensión ambiental a nivel empresarial.
S	<i>Social Score</i> de Refinitiv que mide el desempeño de la dimensión social a nivel empresarial.
G	<i>Governance Score</i> de Refinitiv que mide el desempeño de la dimensión de gobernanza a nivel empresarial.
SostSector	Variable dicotómica que recibe el valor 1 para aquellas compañías que operan en sectores prioritarios en el borrador de NEIS estándares sectoriales (SET2) del EFRAG según la relevancia de su impacto en materia de sostenibilidad y 0 en caso contrario.

Fuente: elaboración propia.

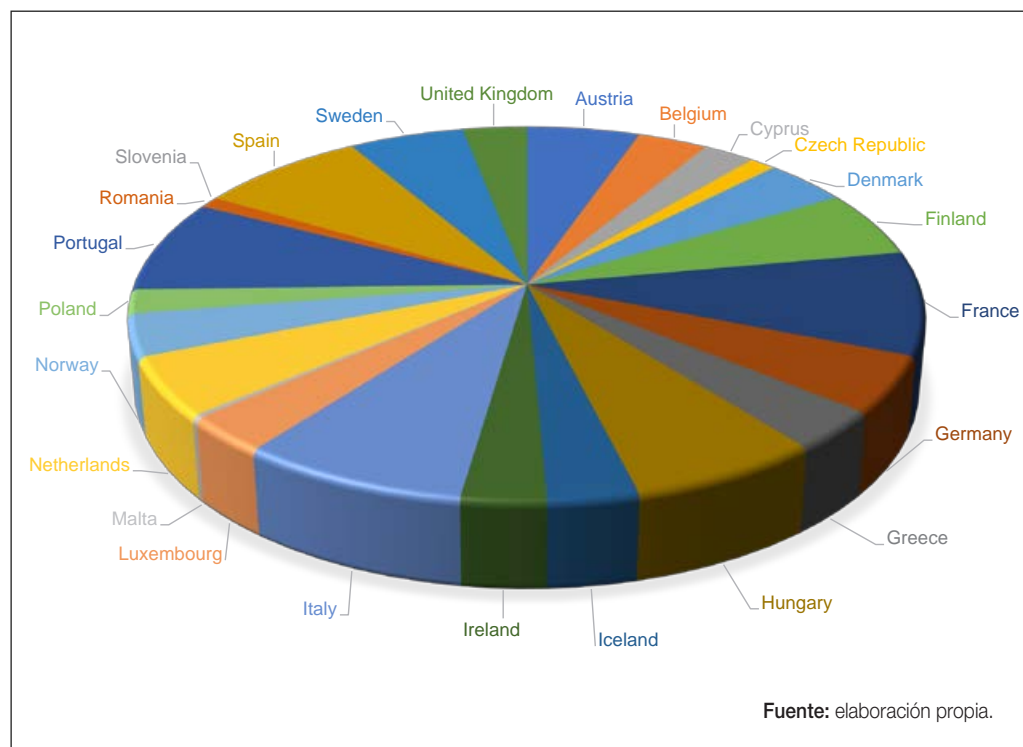
El análisis de la información descargada de la base de datos Refinitiv y su codificación numérica se realizará mediante diferentes técnicas estadísticas y gráficos que permitirán visualizar y contrastar los objetivos establecidos, y establecer las contribuciones y conclusiones más relevantes en la generación de conocimiento y las recomendaciones e implicaciones prácticas más significativas para empresas, asociaciones, Administraciones públicas, reguladores y el público en general.

5. Evolución dinámica y situación actual del mercado de verificación

5.1. Evolución de la demanda del servicio de verificación

El análisis del panel de datos no balanceado formado por 1.687 empresas europeas para el periodo 2010-2022 permite observar que, en el intervalo de tiempo analizado, el 49,43 % de las compañías analizadas ha contratado un servicio de verificación de la información sobre sostenibilidad. La distribución por países aparece reflejada en el gráfico 1, en el que se puede observar que en estos 13 años considerados y, según la localización de su matriz, el mayor porcentaje de empresas que han contratado este servicio proceden de Francia (92,34 %), Portugal (82,88 %), Italia (84,06 %) y España (82,49 %).

Gráfico 1. Servicios de verificación por país

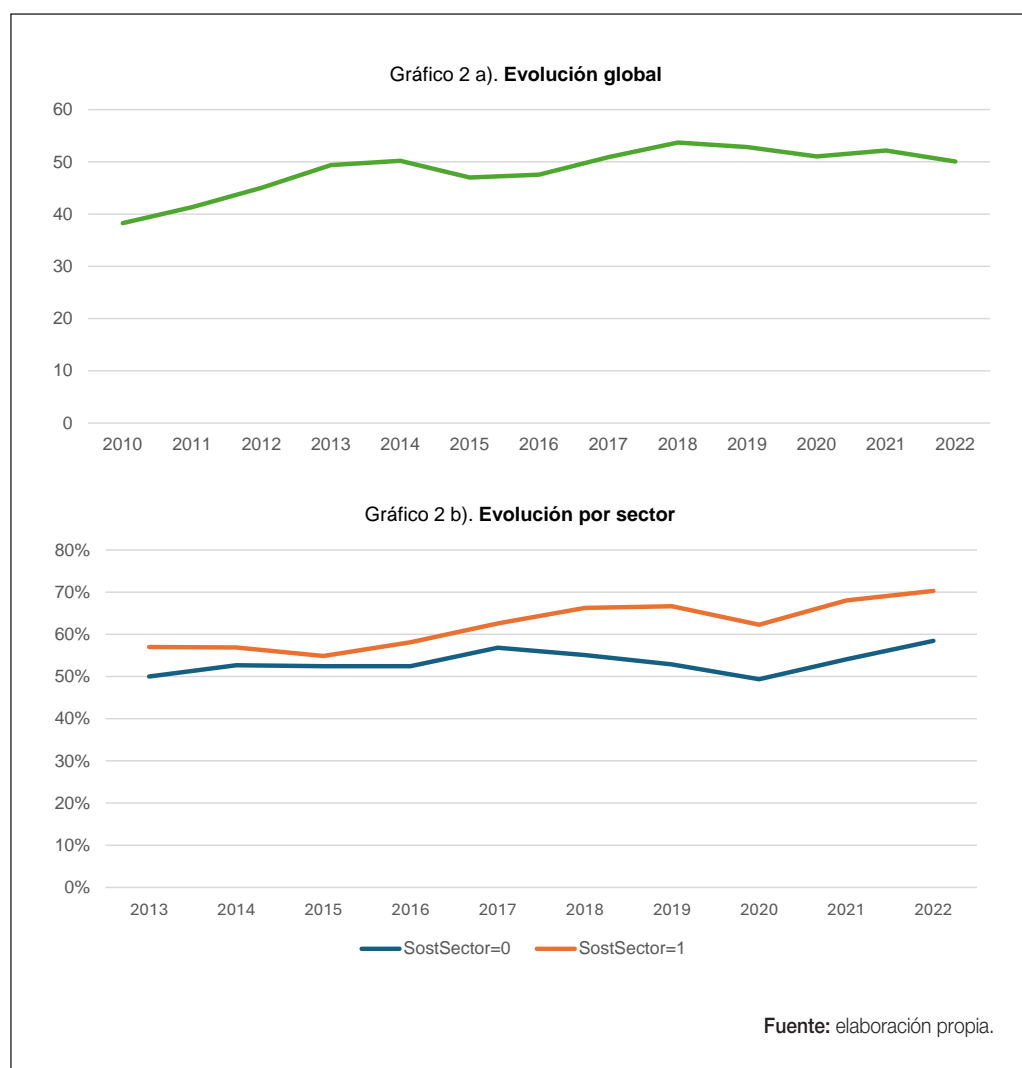


En relación con la evolución del servicio de verificación de la información sobre sostenibilidad, en el gráfico 2 a) puede observarse que, al inicio del periodo analizado (año 2010), un 38 % de las compañías europeas ya había contratado un servicio de verificación de su información sobre sostenibilidad. Actualmente, el 50 % de las empresas analizadas verifica su memoria de sostenibilidad o EINF, cifra que se alcanzó en 2013-2014; periodo temporal en el que aparecen la propuesta y la directiva NFR. Este resultado confirma el obtenido por García-Sánchez y Sierra-García *et al.* (2022) respecto al impacto positivo de la directiva NFR en la contratación de servicios de verificación de los EINF o memorias de sostenibilidad. No obstante, tal y como apuntan Alsahali y Malagueño (2022), el hecho de que haya habido poca variación desde entonces parece indicar que las empresas no perciben un mayor valor de sus EINF o memorias de sostenibilidad al estar verificados.

Por otra parte, en el gráfico 2 b) se presenta la evolución de la contratación de servicio de verificación atendiendo a si el sector de actividad en el que opera la compañía es considerado prioritario por la relevancia de su impacto en materia de sostenibilidad. La agrupación de «Máximo impacto» comprende sectores tales como minería, canteras y minería de carbón, transporte por carretera, y petróleo y gas, entre otras actividades. Al respecto, se

observa que las empresas que operan en sectores catalogados como prioritarios son más propensas a contratar el servicio de verificación de sus memorias de sostenibilidad, en especial desde 2018. Estos resultados confirman la influencia de industria en la que opera la empresa en la decisión de verificar los informes de sostenibilidad documentada por estudios previos (Mock *et al.*, 2013; Simnett *et al.*, 2009; Zorio *et al.*, 2013) y que, en cierta medida, está relacionada con el papel legitimador que desempeña la verificación externa de los informes de sostenibilidad (García-Sánchez y Hussain *et al.*, 2022).

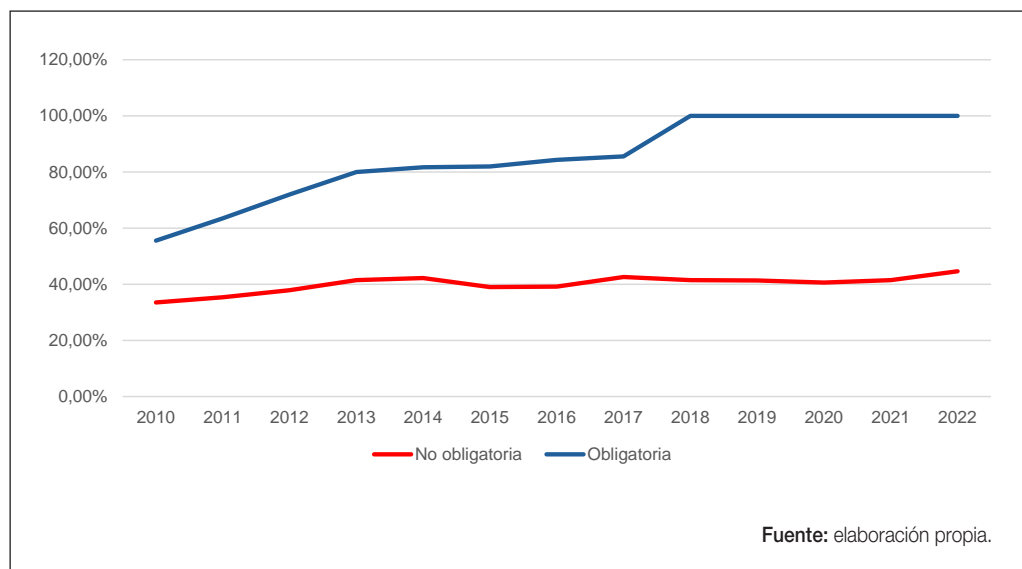
Gráfico 2. Evolución del servicio de verificación



Analizando esta evolución por grupos de países europeos, atendiendo a que la transposición de la directiva NFR a la legislación de cada Estado miembro de la UE haya estipulado o no la obligatoriedad de contratar este servicio, en el gráfico 3 podemos observar que prácticamente la totalidad de las compañías italianas, francesas y españolas cuentan con este servicio desde 2018, frente al 40 % de las compañías ubicadas en el resto de los países europeos. Se observa además que el crecimiento de este servicio en aquellos países que contemplan que su contratación sea voluntaria no ha evolucionado en el periodo analizado, lo que contrasta notablemente con la favorable evolución experimentada en los países que regularon su obligatoriedad.

Respecto a la situación de partida del mercado de verificación, debe indicarse que hay trabajos, por ejemplo, García-Sánchez y Aibar-Guzmán *et al.* (2022) y Heflin y Wallace (2017), que evidencian el importante crecimiento que tuvo lugar en 2010 por los acontecimientos ocurridos ese año –casos de BP, WikiLeaks, etc.– que supusieron un verdadero impulsor de la contratación de este servicio por parte de las multinacionales.

Gráfico 3. Evolución servicio de verificación por países



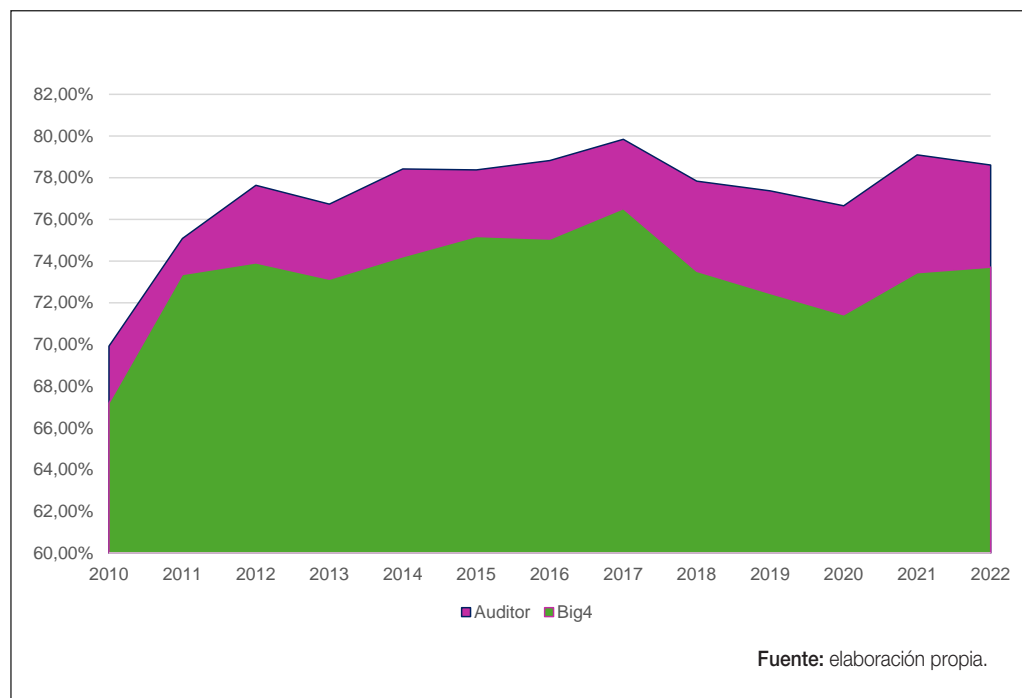
5.2. ¿Quiénes son los verificadores?

En el gráfico 4 puede observarse que, en Europa, son los profesionales contables los que dominan el mercado de la verificación, y son los proveedores actuales del servicio en

prácticamente el 80 % de las empresas europeas analizadas. Las *Big 4* son las auditoras dominantes y firman aproximadamente el 75 % de los informes de verificación. En este caso, nuestros resultados coinciden con los de Bakarich *et al.* (2023), para una muestra internacional, y los de Wong *et al.* (2016), para una muestra de empresas británicas y estadounidenses.

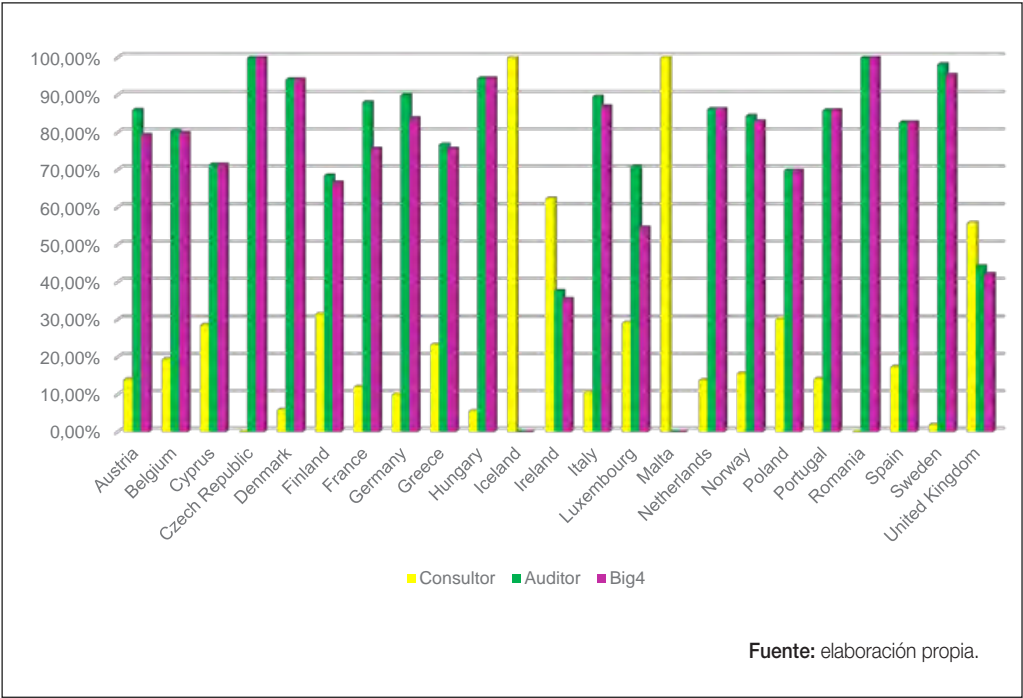
Al inicio del periodo analizado, la cuota de mercado de estos proveedores estaba 10 puntos porcentuales por debajo de la actual, identificándose una similitud más elevada entre la contratación de un verificador-auditor y un verificador-*Big 4*.

Gráfico 4. Evolución de la contratación de auditores como verificadores



No obstante, hay que indicar que existen diferencias en función del país en el que las compañías tienen su sede. Así, en el gráfico 5 podemos ver que las compañías con sede en Reino Unido, Irlanda, Islandia y Malta muestran una mayor preferencia por contratar consultores versus auditores para la verificación de sus memorias de sostenibilidad o EINF. También se observa que las compañías con sede social en Luxemburgo son las menos propensas a contratar una *Big 4*, a pesar de mostrar una preferencia hacia prestadores con formación y experiencia en materia contable y auditoría.

Gráfico 5. Verificadores por país



Respecto a los consultores contratados para prestar el servicio de verificación (tabla 2), destacan DNV GL Business Assurance, con una cuota de mercado (en función del número de clientes) próxima al 10 %, Bureau Veritas (9 %) y Lloyd's Register Quality Assurance, con el 5,46 % del mercado de verificación.

Tabla 2. Cuota de mercado de los consultores acreditados

Consultores	Cuota mercado (%)
DNV GL Business Assurance	9,53
Bureau Veritas	9,05
Carbon (several consultants)	7,18
Lloyd's Register Quality Assurance	5,46
ERM Certification and Verification Services	5,80



Consultores	Cuota mercado (%)
SGS ESG Assurance Solutions	5,66
Corporate Citizenship Limited	4,49
Fuente: elaboración propia.	

En relación con los profesionales contables, en la tabla 3 puede observarse que PWC disfruta de la mayor cuota de mercado, verificando las memorias de sostenibilidad del 31,54 % de las empresas europeas. Este resultado difiere del obtenido por Fernández-Feijoo *et al.* (2016), quienes, en una muestra internacional de empresas, constataron la preminencia de KPMG. En nuestro caso, las cuotas de mercado de EY y KPMG suponen aproximadamente el 21-22 % y la de Deloitte, un 19 %. Con una representatividad muy inferior, Mazars ostenta el 2,43 %.

Tabla 3. Cuota de mercado de los auditores

Auditores	Cuota mercado (%)
PWC	31,54
EY	22,16
KPMG	21,84
Deloitte	19,01
Mazars	2,43
BDO	0,84
Grant Thornton International	0,72
Fuente: elaboración propia.	

En lo que respecta a la distribución de la cuota de mercado por países para cada una de las *Big 4*, en la tabla 4 observamos que PWC verifica más del 10 % de las memorias de sostenibilidad de las compañías localizadas en Suecia, Reino Unido, Alemania, Italia y Francia, por este orden. Para una cuota superior a ese porcentaje, en el caso de EY, estarían las empresas con sede en Francia (con casi un 27 %), Suecia, Italia y Reino Unido. En el caso de KPMG, estarían las empresas localizadas en Francia, Alemania y España. Y para Deloitte, las



empresas cuya sede está en Francia, Suecia, Reino Unido e Italia. Estos resultados están en línea con los resultados de Fernández-Feijoo *et al.* (2016).

Tabla 4. *Big 4*: cuotas de mercado por país

	PWC	EY	KPMG	Deloitte
	%	%	%	%
Alemania	15,88	7,21	18,81	4,30
Austria	1,20	3,07	3,47	2,94
Bélgica	3,04	0,90	1,64	3,25
Chipre	0,44	0,27		
Dinamarca	6,26	1,80	1,19	4,72
España	8,67	7,21	10,14	8,08
Finlandia	5,19	1,17	3,47	3,57
Francia	10,12	26,78	20,37	19,52
Grecia	0,51	1,35	2,19	1,89
Hungría	0,76	1,17		0,94
Irlanda	1,20	0,81	1,28	0,73
Italia	10,37	10,91	7,95	10,07
Luxemburgo	0,19	0,72	0,27	1,68
Noruega	1,52	3,25	2,10	3,57
Países Bajos	3,35	7,30	5,84	4,20
Polonia	0,38	0,09	1,46	2,94
Portugal	2,40	1,26	2,47	
Reino Unido	13,92	10,01	8,77	12,70



	PWC	EY	KPMG	Deloitte
República Checa		0,36		
Rumanía			0,09	
Suecia	14,61	14,34	8,49	14,90

Fuente: elaboración propia.

5.3. Duración del contrato para la prestación del servicio de verificación

De acuerdo con lo reflejado en la tabla 5, la duración del contrato de verificación, de media, se sitúa en torno a los 6 años, y es similar entre los distintos proveedores del servicio, excepto para otros profesionales contables que no son considerados *Big 4*, para lo que se sitúa en 5 años. Duración que encajaría en el periodo de tiempo inicial que plantea el Anteproyecto de Ley de información corporativa sobre cuestiones medioambientales, sociales y de gobernanza, que no podrá ser inferior a 3 años ni superior a 9. Por otro lado, en un estudio basado en una muestra internacional, Ruiz-Barbadillo y Martínez-Ferrero (2023) documentan una duración media del contrato de verificación ligeramente superior (en torno a los 7 años), siendo también mayor para los profesionales contables (casi 8 años), que para los consultores.

Tabla 5. Duración media del contrato para la prestación del servicio de verificación

	Antigüedad	
	Media	Desviación típica
Verificador	6,23	3,3
Consultor	5,83	3,55
Auditor	6,34	3,22
<i>Big 4</i>	6,42	3,22
Otros	4,88	2,78



	Antigüedad	
	Media	Desviación típica
PWC	6,59	3,32
KPMG	6,51	3,31
EY	6,16	3,21
Deloitte	6,34	2,86

Fuente: elaboración propia.

6. El impacto de la verificación en la sostenibilidad empresarial

Centrándonos en el segundo objetivo del trabajo, se expondrá a continuación la evidencia obtenida para dar respuesta a los dilemas académicos y profesionales expuestos, analizando el impacto que la contratación de un servicio de verificación ha supuesto sobre el desempeño y la divulgación de información sobre sostenibilidad.

Como se ha indicado anteriormente, en los últimos años ha surgido un debate académico sobre el uso simbólico o no del servicio de verificación, extendiéndose hacia la consideración de que la contratación de un auditor, especialmente una *Big 4* (Boiral *et al.*, 2019; Ruiz-Barbadillo y Martínez-Ferrero, 2022). Diversos autores (Thompson *et al.*, 2022) afirman que consultores y auditores realizan servicios de similar calidad, argumentado que la apuesta por estas firmas, especialmente las *Big 4*, llevaría acompañado un plus de simbolismo que repercutiría en la confianza que su firma induce, la cual estaría basada en la reputación que tienen las *Big 4* en el mercado de capitales (Fernández-Feijoo *et al.*, 2016; Wong *et al.*, 2016).

La literatura previa ha constatado que el servicio de verificación difiere significativamente entre los diferentes proveedores (Alsañali y Malagueño, 2022; García-Sánchez, 2020; Hsiao *et al.*, 2022; Michelin *et al.*, 2019; Wong *et al.*, 2016), justificando que las divergencias que se producían se debían a las desviaciones que presenta la verificación en relación con la auditoría financiera, en particular, las relacionadas con la ausencia de un estándar o marco universal que determine los requisitos que deben cumplir los profesionales que presten estos servicios (independencia, formación, etc.), entre otros aspectos (Alsañali y Malagueño, 2022; García-Sánchez y Sierra-García *et al.*, 2022; Michelin *et al.*, 2019). Paralelamente, otras investigaciones han sugerido que la profesión contable no tiene el mismo conocimiento de los impactos sociales y medioambientales que otros proveedores de verificación, lo que los lleva

a adoptar una perspectiva más conservadora y cautelosa en el proceso de verificación, dotándolo de una mayor calidad, que se incrementa por su mayor experiencia y la credibilidad asociada a los servicios de auditoría financiera (Boiral *et al.*, 2019; Farooq y De Villiers, 2019; Pflugrath *et al.*, 2011).

Al respecto, en este epígrafe hemos optado por contrastar si la contratación de los servicios de verificación ha tenido incidencia en el desempeño de la empresa en materia de sostenibilidad, y la neutralidad de la información sobre sostenibilidad divulgada, mediante una aproximación del grado de *greenwashing* o desacoplamiento de la información que revelan las compañías.

6.1. Verificación y *reporting*: prácticas de *greenwashing*

La naturaleza en gran medida no regulada de los informes de sostenibilidad abre la puerta a la subjetividad en la elaboración de su contenido, donde las empresas tienen una libertad considerable a la hora de decidir la información que divulgar, centrándose en los aspectos favorables del desempeño ESG y omitiendo o enmascarando los elementos desfavorables, proporcionando así una imagen incompleta y sesgada de su desempeño real en materia de sostenibilidad (Free *et al.*, 2024; García-Sánchez y Hussain *et al.*, 2022).

Esta estrategia de divulgación discrecional crea una brecha entre la divulgación de información sobre sostenibilidad y el desempeño real, por lo que es posible observar una discrepancia entre «hablar» (lo que es divulgado en los informes de sostenibilidad) y «caminar» (lo que las empresas realmente están haciendo en este ámbito). Este desacoplamiento conlleva que las divulgaciones de información sobre sostenibilidad pueden ser usadas por las empresas para construir una imagen que podría ser muy diferente del desempeño social y medioambiental real (García-Sánchez y Hussain *et al.*, 2022).

Sin embargo, aunque el desacoplamiento generalmente se identifica con una forma de lavado verde (*greenwashing*), la desalineación entre la información divulgada y el desempeño real implica tanto la exageración como la subestimación del desempeño (Testa *et al.*, 2018). En este último caso, denominado *brownwashing*, las empresas subestiman sus buenas prácticas de responsabilidad social corporativa y, en consecuencia, ofrecen una imagen opaca de su desempeño real en ESG. Esto podría explicarse por varias razones, como la incertidumbre de las empresas sobre la reacción del mercado y una intención de mitigar posibles conflictos con los *stakeholders* cuando sus objetivos son divergentes (Huang *et al.*, 2022).

Para abordar el impacto de la verificación en la relevancia de la información reportada, basada en la neutralidad de esta, se ha utilizado la aproximación de la medida de *gap*, desacoplamiento o *decoupling* propuesta en la literatura (CSRgap) para medir si la información que las empresas emiten al exterior (*reporting*) difiere del comportamiento real (desempeño).

Así, valores más altos en CSRgap indican que las empresas podrían estar adoptando prácticas de *greenwashing*, incorporando en sus EINF o memorias de sostenibilidad información superior a su desempeño real. Tal y como puede observarse en el gráfico 6, las empresas que no verifican sus memorias de sostenibilidad, con un *gap* de 46,14 puntos, se caracterizan por tener un mayor desacoplamiento entre lo que dicen y lo que realmente hacen en materia de sostenibilidad, en comparación con el grupo de compañías que sí ha contratado ese servicio (las cuales presentan un *gap* de casi la mitad: 25,90 puntos).

Gráfico 6. Evolución de las prácticas de *greenwashing*

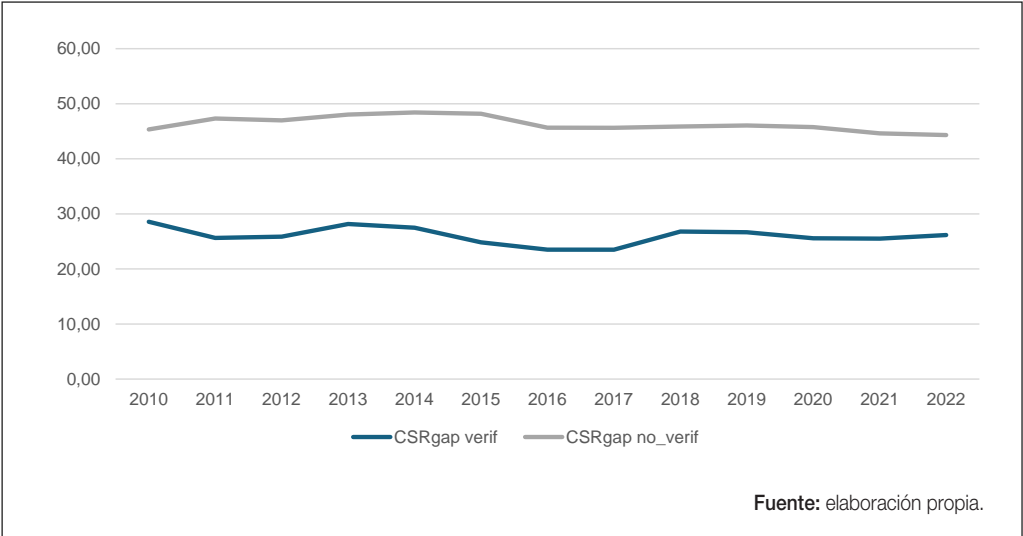


Tabla 6. Relación entre la contratación de verificación y el *greenwashing*

Media 2010-2022		
	Verificación	
	0	1
CSRgap	46,14	25,90

Fuente: elaboración propia.

Al analizar las diferencias en función de las tipologías de proveedores del servicio de verificación consideradas (gráfico 7), observamos que la información es más neutral en los

EINF o memorias de sostenibilidad que son verificados por auditores que en aquellos verificados por consultores. Este resultado es consistente con los resultados obtenidos por Ballou *et al.* (2018) y García-Sánchez y Hussain *et al.* (2022).

Gráfico 7. Evolución de las prácticas de *greenwashing* por tipología de verificador

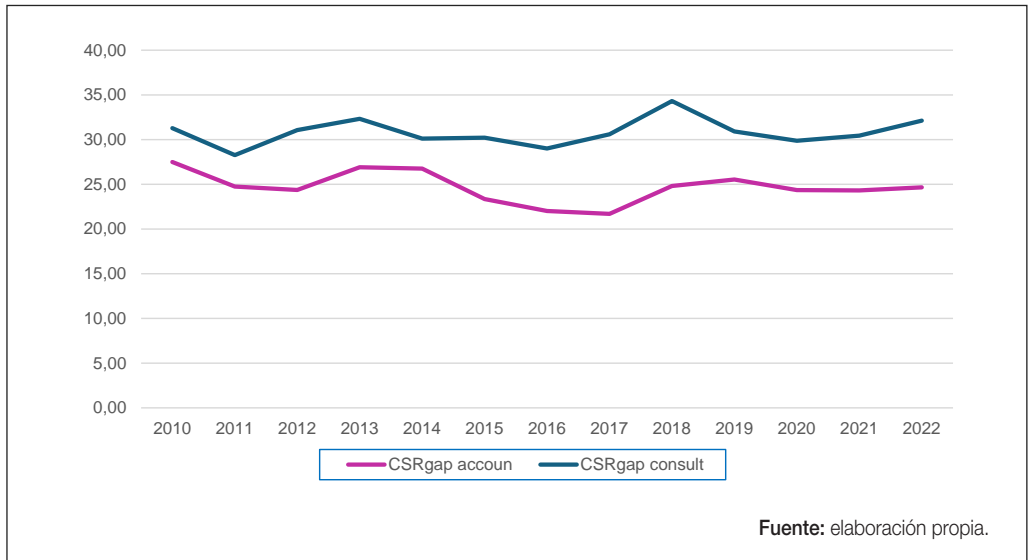


Tabla 7. Relación entre el tipo de proveedor de verificación y el *greenwashing*

Media 2010-2022		
	Verificación	
	Consultor	Auditor
CSRgap	30,90	24,53

Fuente: elaboración propia.

Asimismo, como se observa en el gráfico 8, analizando únicamente el colectivo de auditores, la información divulgada en los EINF o memorias de sostenibilidad es más neutral cuando el proveedor del servicio es una *Big 4*. Este resultado confirma las afirmaciones realizadas acerca de la mayor calidad del servicio de verificación cuando es realizado por una *Big 4* (Boiral *et al.*, 2019; Martínez-Ferrero y García-Sánchez, 2018).

Gráfico 8. Evolución de las prácticas de *greenwashing* por tipología de auditor

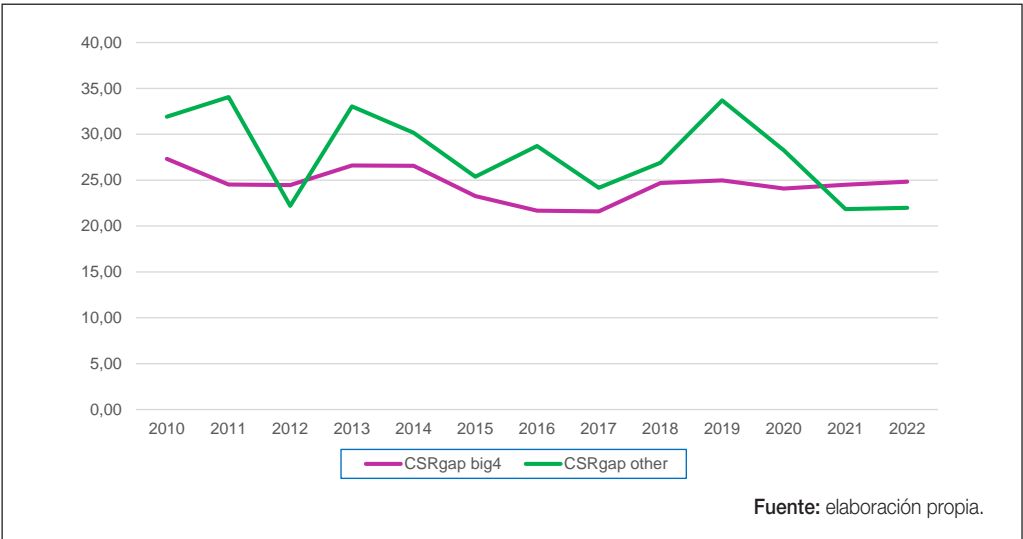


Tabla 8. Relación entre el tipo de auditor que presta servicios de verificación y el *greenwashing*

Media 2010-2022		
	Auditor	
	Otro	Big 4
CSRgap	27,49	24,36

Fuente: elaboración propia.

6.2. Verificación y desempeño ESG

En el gráfico 9 se presentan los valores medios anuales para el desempeño empresarial en materia de ESG y se visualizan estas diferencias con un enfoque dinámico. Al respecto, puede observarse que el desempeño medio para las empresas que verifican sus informes no financieros o de sostenibilidad es muy superior en relación con el de las compañías que no han contratado este servicio, resultado en línea con el obtenido por Simoni *et al.* (2020) y Uyar *et al.* (2023). Concretamente, en nuestro caso, el desempeño ESG de las compañías que han contratado el servicio de verificación es de 65,38 puntos sobre 100, mientras que, para las otras compañías, la media del score se sitúa en 41,77 puntos. En el gráfico se observan estas diferencias con un enfoque dinámico, presentando la situación anual.

Las divergencias en el desempeño en ESG entre las empresas que han contratado un servicio de verificación con respecto a las que no lo han hecho se confirman también si utilizamos el score ESG combinado, que corrige el score previo en el caso de que la compañía se haya visto afectada por alguna controversia (incidente medioambiental o social, etc.). Sin embargo, observamos que las compañías con informes verificados parece que están más sometidas a controversias que las otras. De nuevo, este resultado está en línea con el obtenido por Simoni *et al.* (2020).

Gráfico 9. Verificación y desempeño ESG

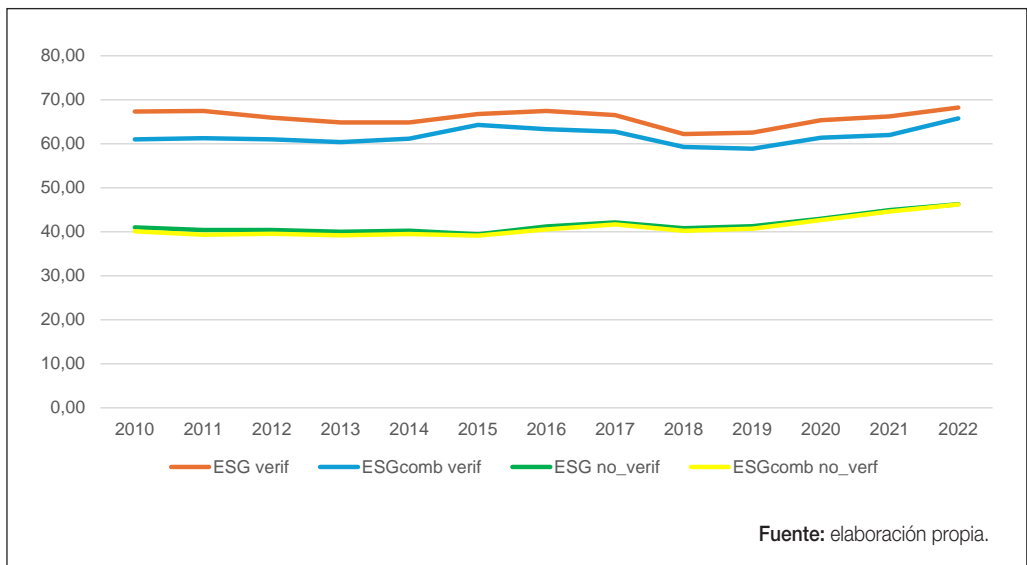


Tabla 9. Relación entre la contratación de verificación y el desempeño ESG

Media 2010-2022		
	Verificación	
	0	1
ESG	41,77	65,38
ESG combined	41,21	61,47

Fuente: elaboración propia.

Las diferencias detectadas se confirman para la consideración individualizada de las dimensiones de ESG (gráfico 10), observándose que las divergencias son especialmente importantes para la dimensión medioambiental, con una diferencia de 31,37 puntos en el desempeño (diferencia de 25,09 puntos en lo social y de 14,86 puntos en gobernanza).

Gráfico 10. Verificación y desempeño según dimensiones ESG

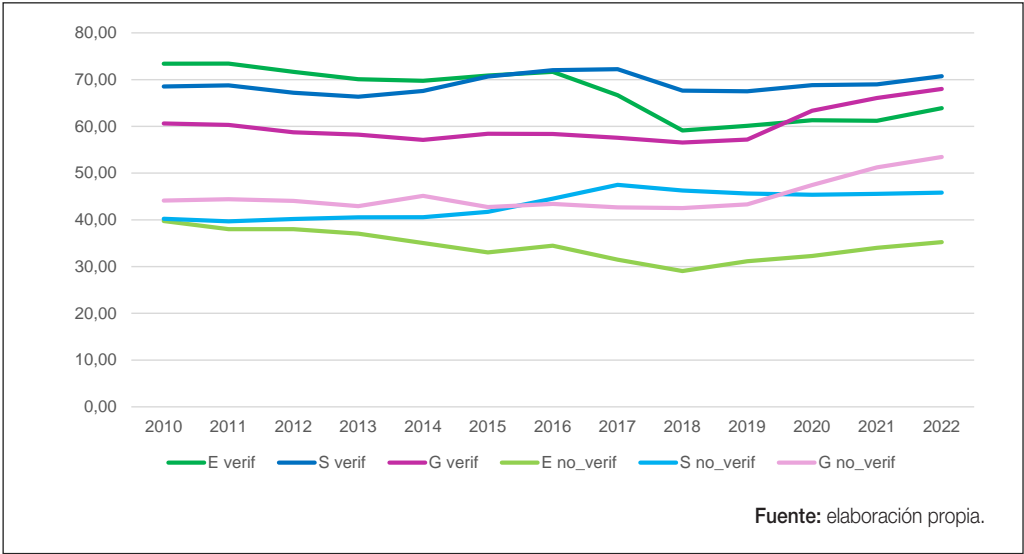


Tabla 10. Relación entre la contratación de verificación y las dimensiones del desempeño ESG

	Media 2010-2022	
	Verificación	
	0	1
EnvPerf	33,92	65,29
SocialPerf	43,85	68,94
GoverPerf	45,29	60,15

Fuente: elaboración propia.

Profundizando en el análisis de las diferencias en función del tipo de verificador (gráfico 11), se observa que el desempeño en ESG para compañías cuyo EINF o memoria de sos-

tenibilidad es verificada por un auditor (*score* = 66,64) es superior al de aquellas que han contratado los servicios de verificación a un consultor (*score* = 60,99).

Gráfico 11. Desempeño ESG por tipología de verificador

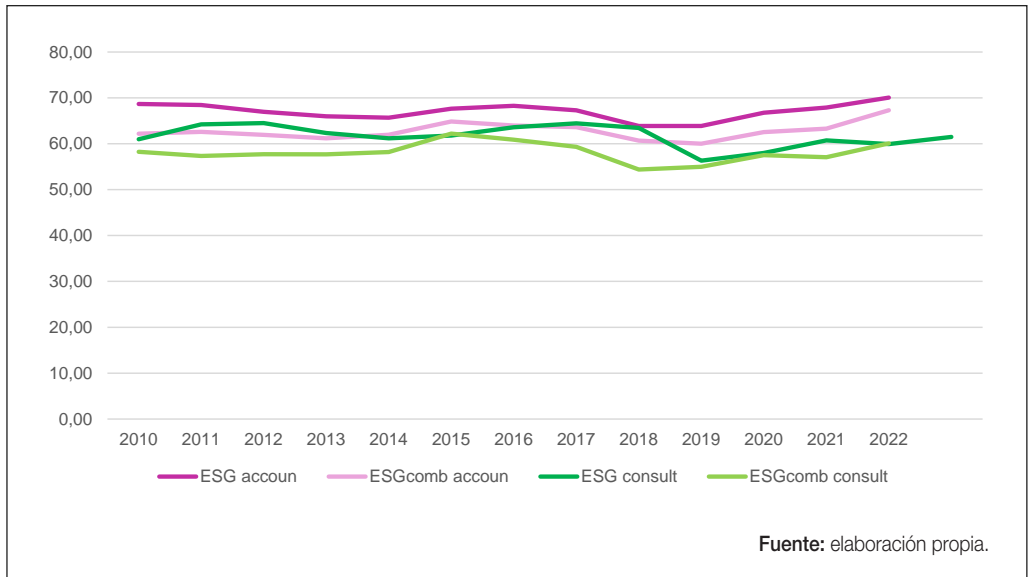


Tabla 11. Relación entre el tipo de proveedor de verificación y el desempeño ESG

Media 2010-2022		
	Verificación	
	Consultor	Auditor
ESG	60,99	66,64
ESG combined	57,66	62,57

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, cuando se analizan las diferencias en función de que el auditor sea o no una *Big 4* (gráfico 12), nos encontramos con una divergencia ligeramente superior a las que se observan con los consultores.

Gráfico 12. Desempeño ESG por tipología de auditor

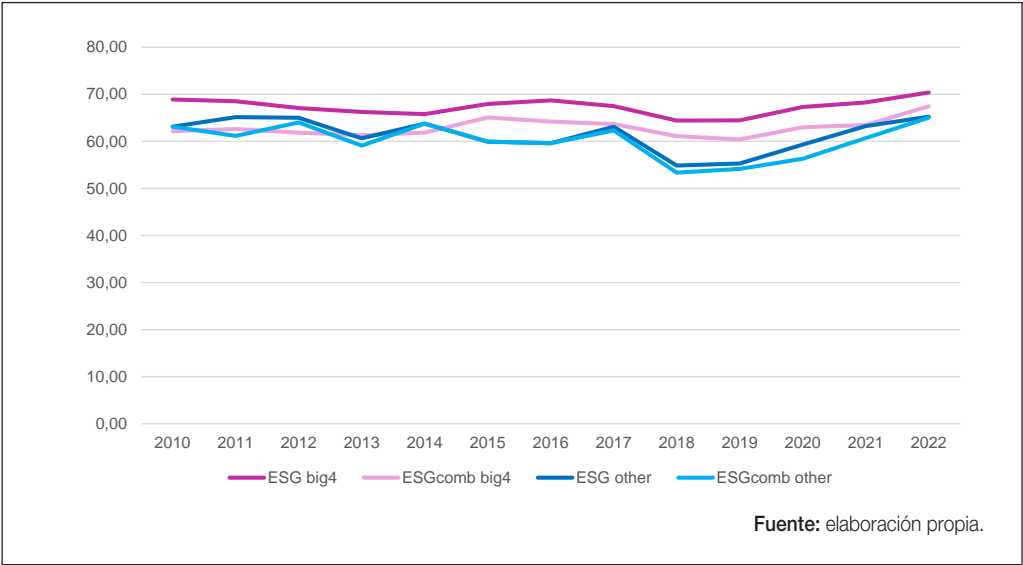


Tabla 12. Relación entre el tipo de auditor que presta servicios de verificación y el desempeño ESG

Media 2010-2022		
	Auditor	
	Otro	Big 4
ESG	60,25	67,02
ESG combined	58,79	62,78

Fuente: elaboración propia.

7. Conclusiones

En la idea de que conocer mejor la evolución experimentada por las empresas de la UE en materia de aseguramiento de información en materia de sostenibilidad puede ser de ayuda ante el advenimiento de su carácter obligatorio (Krasodomska *et al.* 2023), en este estudio hemos examinado la situación actual del mercado de verificación de información sobre sostenibilidad en Europa centrándonos en las cuotas de mercado de los proveedores

de servicios de verificación y las implicaciones de la selección de estos profesionales para el desempeño empresarial en materia de sostenibilidad y la neutralidad de la información divulgada. A través del análisis de datos relativos a una muestra de 1.687 grandes empresas europeas en el periodo 2010-2022, hemos identificados tendencias significativas en el mercado de la verificación y analizado el papel que esta desempeña como un instrumento clave para abordar los desafíos y deficiencias inherentes a la divulgación de información sobre sostenibilidad.

Como principales conclusiones del estudio realizado hay que indicar que las empresas europeas han recorrido un importante camino, especialmente aquellas localizadas en países como Francia, Italia o España, que fueron más ambiciosos en la transposición de la directiva NFR en su ordenamiento jurídico estableciendo la obligatoriedad de la contratación de este servicio. En este sentido, nuestros resultados muestran el impacto de la transposición de la directiva NFR en el desarrollo del mercado de verificación en la UE reflejando las diferencias entre países europeos que han regulado su obligatoriedad en comparación con los que no lo han hecho. Adicionalmente, hemos contrastado que, si bien existen ligeras diferencias por países, observamos una preferencia por la contratación de auditores financieros, especialmente las *Big 4*, sobre los consultores, lo que tiene importantes implicaciones para el desempeño en sostenibilidad de las empresas analizadas y la contención de prácticas de *greenwashing* en sus informes no financieros o memorias de sostenibilidad.

En este sentido, demostramos que la verificación de los EINF o memorias de sostenibilidad conlleva importantes consecuencias en materia de sostenibilidad. Así, se ha observado que las empresas europeas que han contratado servicios de verificación tienen un mayor desempeño en ESG y emiten información sobre sostenibilidad más relevante y neutral. De esta manera, nuestros resultados apoyan el papel crucial de la verificación en la reducción del *gap* entre la divulgación y el desempeño en sostenibilidad, al proporcionar una evaluación objetiva y fiable del cumplimiento de las empresas con los estándares y las expectativas en materia de sostenibilidad, mejorando la transparencia corporativa. Este papel se verá reforzado con los nuevos requisitos que establece la directiva CSRD, entre los que deben destacarse las siguientes: (i) la utilización de normas adoptadas por la Comisión Europea para la verificación de la información sobre sostenibilidad; (ii) la adopción de un enfoque progresivo en el alcance del servicio de verificación (en una primera etapa, el verificador debe emitir una opinión basada en un trabajo de verificación de seguridad limitada, determinando que la información cumple con los requisitos de información a nivel europeo; y, en una segunda etapa, se llevará a cabo la verificación conforme a un trabajo de seguridad razonable, emitiéndose una opinión en este sentido); y (iii) la determinación del contenido del informe de verificación de la información sobre sostenibilidad.

Los resultados de este estudio tienen importantes implicaciones prácticas para empresas, inversores y reguladores en el ámbito de la divulgación de información no financiera y la sostenibilidad empresarial. Para las empresas, nuestros resultados destacan la importancia de seleccionar cuidadosamente a los proveedores de servicios de verificación y adoptar

enfoques rigurosos y transparentes en la divulgación de información sobre sostenibilidad. Al someterse a verificación independiente realizada por auditores, las empresas pueden fortalecer la credibilidad y la confianza en sus informes de sostenibilidad, así como mitigar el riesgo de *greenwashing* y otras prácticas de gestión de impresiones. Para los inversores, este estudio ofrece información valiosa sobre cómo evaluar y utilizar informes de sostenibilidad verificados en la toma de decisiones de inversión. La elección de empresas que se someten a verificación independiente de sus informes de sostenibilidad y el tipo proveedor de servicio contratado puede proporcionar a los inversores una mayor confianza en la precisión y la integridad de la información divulgada, ayudándoles a identificar oportunidades de inversión sostenible y a mitigar riesgos relacionados con la divulgación engañosa o inexacta. Por último, para los reguladores, nuestros resultados resaltan la importancia de promover estándares y prácticas de verificación sólidos que fomenten la transparencia y la responsabilidad en la divulgación de información sobre sostenibilidad. Asimismo, para mejorar la diversificación del mercado de servicios de verificación, fomentar la competencia y la calidad del servicio, los reguladores podrían diseñar estrategias para apoyar la necesaria reconversión de los pequeños y medianos profesionales de la contabilidad y la auditoría en relación con el suministro de servicios de verificación de la información sobre sostenibilidad, puesto que su enfoque centrado en la atención al cliente y su capacidad para adaptarse a sus necesidades específicas los posicionan como una opción estratégica para las pequeñas y medianas empresas (pymes) que buscan cumplir con estándares de verificación rigurosos y eficientes (Ortiz *et al.*, 2023).

Como posibles ampliaciones de este estudio, se sugiere examinar en detalle cómo diferentes enfoques de verificación, como la verificación limitada versus razonable, afectan la calidad y la utilidad de la información divulgada sobre sostenibilidad. Además, podría ser interesante explorar cómo la selección de proveedores de servicios de verificación puede influir en la percepción y el comportamiento de los inversores, consumidores y otras partes interesadas en relación con las empresas. Asimismo, frente a la dicotomía auditores-consultores utilizada en este estudio, futuras investigaciones podrían ampliar la tipología de proveedores del servicio de verificación estableciendo distinciones entre los proveedores que no son auditores. Finalmente, en lugar de analizar grandes empresas, futuros estudios podrían abordar el análisis del mercado de verificación en el caso de las pymes.

Referencias bibliográficas

- Alsahali, K. F. y Malagueño, R. (2022). An Empirical Study of Sustainability Reporting Assurance: Current Trends and New Insights. *Journal of Accounting & Organizational Change*, 18(5), 617-642. <https://doi.org/10.1108/JAOC-05-2020-0060>
- Alsahali, K. F., Malagueño, R. y Marques, A. (2023). Board Attributes And Companies' Choice of Sustainability Assurance Providers. *Accounting and Business Research*, 1-31. <https://doi.org/10.1080/00014788.2023.2181141>
- Baier, C., Götttsche, M., Hellmann, A. y Schiekmann, F. (2022). Too Good to Be True: Influencing Credibility Perceptions with Signaling Reference Explicitness and Assurance Depth. *Journal of Business Ethics*, 178(3), 695-714. <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04719-7>
- Bakarich, K. M., Baranek, D. y O'Brien, P. E. (2023). The Current State and Future Implications of Environmental, Social, and Governance Assurance. *Current Issues in Auditing*, 17(1), A1-A21. <https://doi.org/10.2308/CIIA-2022-012>
- Ballou, B., Chen, P. C., Grenier, J. H. y Heitger, D. L. (2018). Corporate Social Responsibility Assurance and Reporting Quality: Evidence from Restatements. *Journal of Accounting and Public Policy*, 37(2), 167-188. <https://doi.org/10.1016/j.jaccpubpol.2018.02.001>
- Boiral, O. y Gendron, Y. (2011). Sustainable Development and Certification Practices: Lessons Learned and Prospects. *Business Strategy and the Environment*, 20(5), 331-347. <https://doi.org/10.1002/bse.701>
- Boiral, O., Heras-Saizarbitoria, I., Brother-ton, M. C. y Bernard, J. (2019). Ethical Issues in the Assurance of Sustainability Reports: Perspectives from Assurance Providers. *Journal of Business Ethics*, 159, 1111-1125. <https://doi.org/10.1007/s10551-018-3840-3>
- Chowdhury, M., Prajogo, D. y Jayaram, J. (2018). Comparing Symbolic and Substantive Implementation of International Standards: The Case of ISO 14001 Certification. *Australasian Journal of Environmental Management*, 25(3), 339-361. <https://doi.org/10.1080/14486563.2018.1451402>
- Farooq, M. B. y Villiers, C. de. (2017). The Market for Sustainability Assurance Services: A Comprehensive Literature Review and Future Avenues for Research. *Pacific Accounting Review*, 29(1), 79-106. <https://doi.org/10.1108/PAR-10-2016-0093>
- Farooq, M. B. y Villiers, C. de. (2019). Sustainability Assurance: Who Are the Assurance Providers and What Do They Do? En S. Arvidsson (ed.), *Challenges in Managing Sustainable Business: Reporting, Taxation, Ethics and Governance* (pp. 137-154). Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1007/978-3-319-93266-8_6
- Fernández-Feijoo, B., Romero, S. y Ruiz, S. (2016). The Assurance Market of Sustainability Reports: What Do Accounting Firms Do? *Journal of Cleaner Production*, 139, 1128-1137. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.08.157>
- Free, C., Jones, S. y Tremblay, M. S. (2024). Greenwashing and Sustainability Assurance: A Review and Call for Future Research. *Journal of Accounting Literature*. Publicación anticipada en línea. <https://doi.org/10.1108/JAL-11-2023-0201>
- García-Sánchez, I. M.^a (2020). Drivers of the CSR Report Assurance Quality: Credibility

- and Consistency for Stakeholder Engagement. *Corporate Social Responsibility Environmental Management*, 27, 2530-2547. <https://doi.org/10.1002/csr.1974>
- García-Sánchez, I. M.^a, Aibar-Guzmán, B. y Aibar-Guzmán, C. (2022). What Sustainability Assurance Services Do Institutional Investors Demand and What Value Do They Give Them? *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, 13(1), 152-194. <https://doi.org/10.1108/SAMPJ-06-2020-0199>
- García-Sánchez, I. M.^a, Hussain, N., Aibar-Guzmán, C. y Aibar-Guzmán, B. (2022). Assurance Of Corporate Social Responsibility Reports: Does It Reduce Decoupling Practices? *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, 31(1), 118-138. <https://doi.org/10.1111/beer.12394>
- García-Sánchez, I. M.^a, Ortiz-Martínez, E., Marín-Hernández, S. y Aibar-Guzmán, B. (2023). How Does the European Green Deal Affect the Disclosure of Environmental Information? *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 30(6), 2766-2782. <https://doi.org/10.1002/csr.2514>
- García-Sánchez, I. M.^a, Sierra-García, L. y García-Benau, M. A. (2022). How Does the EU Non-Financial Directive Affect the Assurance Market? *Business Ethics, the Environment & Responsibility*, 31(3), 823-845. <https://doi.org/10.1111/beer.12428>
- Heflin, F. y Wallace, D. (2017). The BP Oil Spill: Shareholder Wealth Effects and Environmental Disclosures. *Journal of Business Finance & Accounting*, 44(3-4), 337-374. <https://doi.org/10.1111/jbfa.12244>
- Hsiao, P. C. K., Scott, T. y Zang, Z. (2022). A Snapshot of Sustainability Assurance Market in New Zealand. *Pacific Accounting Review*, 34(5), 669-686. <https://doi.org/10.1108/PAR-08-2021-0142>
- Huang, Y., Francoeur, C. y Brammer, S. (2022). What Drives and Curbs Brownwashing? *Business Strategy and the Environment*, 31(5), 2518-2532. <https://doi.org/10.1002/bse.3041>
- IAASB. (2013). *International Standard on Assurance Engagements 3000 (Revised): Assurance Engagements Other Than Audits or Reviews of Historical Financial Information*. <https://www.iaasb.org/publications/international-standard-assurance-engagements-isa-3000-revised-assurance-engagements-other-audits-or>
- Krasodomska, J., Zarzycka, E. y Zieniuk, P. (2023). Voluntary Sustainability Reporting Assurance in the European Union Before the Advent of the Corporate Sustainability Reporting Directive: The Country and Firm-Level Impact of Sustainable Development Goals. *Sustainable Development*. <https://doi.org/10.1002/sd.2744>
- Luo, L., Tang, Q., Fan, H. y Ayers, J. (2023). Corporate carbon assurance and the quality of carbon disclosure. *Accounting & Finance*, 63(1), 657-690. <https://doi.org/10.1111/acfi.13060>
- Marrucci, L. y Daddi, T. (2022). The Contribution of the Eco-Management and Audit Scheme to the Environmental Performance of Manufacturing Organisations. *Business Strategy and the Environment*, 31(4), 1347-1357. <https://doi.org/10.1002/bse.2958>
- Martínez-Ferrero, J. y García-Sánchez, I. M.^a (2018). The Level of Sustainability Assurance: The Effects of Brand Reputation and Industry Specialisation of Assurance Providers. *Journal of Business Ethics*, 150, 971-990. <https://doi.org/10.1007/s10551-016-3159-x>
- Martínez-Ferrero, J., García-Sánchez, I. M.^a y Ruiz-Barbadillo, E. (2018). The Quality of Sustainability Assurance Reports: The

- Expertise and Experience of Assurance Providers as Determinants. *Business Strategy and the Environment*, 27(8), 1181-1196. <https://doi.org/10.1002/bse.2061>
- Michelon, G., Patten, D. M. y Romi, A. M. (2019). Creating Legitimacy for Sustainability Assurance Practices: Evidence from Sustainability Restatements. *European Accounting Review*, 28(2), 395-422. <https://doi.org/10.1080/09638180.2018.1469424>
- Mock, T. J., Rao, S. S. y Srivastava, R. P. (2013). The Development of Worldwide Sustainability Reporting Assurance. *Australian Accounting Review*, 23(4), 280-294. <https://doi.org/10.1111/auar.12013>
- O'Dwyer, B. y Owen, D. L. (2005). Assurance Statement Practice in Environmental, Social and Sustainability Reporting: A Critical Evaluation. *The British Accounting Review*, 37(2), 205-229. <https://doi.org/10.1016/j.bar.2005.01.005>
- Ortiz, E., Marín, S. y Thompson, P. (2023). The Role of Small-and Medium-Sized Practices in the Sustainable Transition of SMEs: Sustainable Transition and Professionals. *Environment, Development and Sustainability*, 1-25. <https://doi.org/10.1007/s10668-023-03507-3>
- Pflugrath, G., Roebuck, P. y Simnett, R. (2011). Impact of Assurance and Assurer's Professional Affiliation on Financial Analysts' Assessment of Credibility of Corporate Social Responsibility Information. *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 30(3), 239-254. <https://doi.org/10.2308/ajpt-10047>
- Ruiz-Barbadillo, E. y Martínez-Ferrero, J. (2022). The Choice of Incumbent Financial Auditors to Provide Sustainability Assurance and Audit Services from a Legitimacy Perspective. *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, 13(2), 459-493. <https://doi.org/10.1108/SAMPJ-04-2021-0121>
- Ruiz-Barbadillo, E. y Martínez-Ferrero, J. (2023). Is Tenure Important in the Sustainability Assurance Context? An Empirical Analysis of the Informative Value of Assurance Statements. *Meditari Accountancy Research*, 31(5), 1483-1517. <https://doi.org/10.1108/MEDAR-01-2022-1580>
- Simnett, R., Vanstraelen, A. y Chua, W. F. (2009). Assurance on Sustainability Reports: An International Comparison. *The Accounting Review*, 84(3), 937-967. <https://doi.org/10.2308/accr.2009.84.3.937>
- Simoni, L., Bini, L. y Bellucci, M. (2020). Effects of Social, Environmental, and Institutional Factors on Sustainability Report Assurance: Evidence from European Countries. *Meditari Accountancy Research*, 28(6), 1059-1087. <https://doi.org/10.1108/MEDAR-03-2019-0462>
- Testa, F., Miroshnychenko, I., Barontini, R. y Frey, M. (2018). Does It Pay to Be a Greenwasher Or a Brownwasher? *Business Strategy and the Environment*, 27(7), 1104-1116. <https://doi.org/10.1002/bse.2058>
- Thompson, E. K., Ashimwe, O., Buerter, S. y Kim, S. Y. (2022). The Value Relevance of Sustainability Reporting: Does Assurance and the Type of Assurer Matter? *Sustainability Accounting, Management and Policy Journal*, 13(4), 858-877. <https://doi.org/10.1108/SAMPJ-08-2021-0329>
- Uyar, A., Elmassri, M., Kuzey, C. y Karaman, A. S. (2023). Does External Assurance Stimulate Higher CSR Performance in Subsequent Periods? The Moderating Effect of Governance and Firm Visibility. *Corporate Governance: The International Journal of Business in Society*, 23(4), 677-704. <https://doi.org/10.1108/CG-04-2022-0188>



Wong, J., Wong, N., Li, W. Y. y Chen, L. (2016). Sustainability Assurance: An Emerging Market for the Accounting Profession. *Pacific Accounting Review*, 28(3), 238-259. <https://doi.org/10.1108/PAR-11-2014-0038>

Zorio, A., García-Benau, M. A. y Sierra, L. (2013). Sustainability Development and the Quality of Assurance Reports: Empirical Evidence. *Business Strategy and the Environment*, 22(7), 484-500. <https://doi.org/10.1002/bse.1764>

Beatriz Aibar-Guzmán. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Santiago de Compostela. Sus líneas de investigación están principalmente relacionadas con la responsabilidad social corporativa (RSC), la transparencia informativa y la contabilidad de gestión. Sus artículos han sido publicados en *Journal of Business Ethics*, *Journal of Cleaner Production*, *Revista de Contabilidad-Spanish Accounting Review* y *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, entre otras. <https://orcid.org/0000-0001-7410-5997>

Isabel María García-Sánchez. Catedrática de universidad en el área de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Salamanca. Sus líneas de investigación están principalmente relacionadas con la transparencia informativa, la sostenibilidad y el gobierno corporativo. Sus artículos han sido publicados en *Corporate Governance: An International Review*, *Journal of Banking & Finance*, *Business & Society*, *Long Range Planning* y *British Management Journal*, entre otras. <https://orcid.org/0000-0003-4711-8631>

Cristina Aibar-Guzmán. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Santiago de Compostela. Sus líneas de investigación están principalmente relacionadas con la responsabilidad social corporativa (RSC), la contabilidad pública y la contabilidad de gestión (en temas relacionados con la medición y gestión del rendimiento). Sus artículos han sido publicados en *Business Strategy & the Environment*, *Journal of Business Research* y *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, entre otras. <https://orcid.org/0000-0002-1229-9631>

Contribución: Las tres autoras han contribuido equitativamente en todas las fases de desarrollo del trabajo.

Tratamiento contable de un contrato de compraventa por tramos

Análisis de la [consulta 3 del BOICAC 136, de diciembre de 2023](#)

Ángel González García

Profesor del CEF.- (España)

Extracto

Esta consulta analiza el tratamiento contable otorgado a un contrato de compraventa por tramos y se ilustra con un supuesto práctico.

Publicado (en avance *online*): 17-06-2024

Consulta 3

Sobre el tratamiento contable otorgado a un contrato de compraventa por tramos.

Respuesta

La sociedad A (una sociedad de responsabilidad limitada), titular del 50 % del capital de B (que tiene la misma forma jurídica), otorgó en julio de 2019 un contrato de compraventa de sus acciones con la propia entidad B, quien adquiere en régimen de autocartera la totalidad de sus participaciones.

En el contrato se pactó que la consumación de la compraventa y, en consecuencia, la transmisión de la propiedad de esas participaciones se produciría en un total de nueve

tramos con ocasión del cobro del precio de cada tramo. El primer tramo se consumó el mismo día de la compraventa, en julio de 2019, y el último está previsto en diciembre de 2027. El precio de cada una de las ocho consumaciones restantes quedó aplazado en su totalidad, según los importes y vencimientos indicados en el contrato.

En el referido contrato de compraventa se manifiesta que el mismo es el resultado de la situación de conflicto societario permanente que mantenían los dos socios titulares del 50 % cada uno del capital de B, lo que puso de manifiesto la imposibilidad de mantenimiento de una situación de control conjunto del grupo B por parte de los socios. Por esta situación convinieron en resolver el conflicto mediante la venta de las participaciones que ostentaba A en B a favor de esta, quien las adquirió en régimen de autocartera para su posterior amortización; adquisición pendiente de consumación en los tramos siguientes al primero.

El motivo fundamental por el que se utilizó esta fórmula de transmisión por paquetes fue la ausencia de garantías que podía otorgar la sociedad B.

Según el escrito de la consulta, en cada uno de esos pagos se transmite la propiedad de un número determinado de participaciones. Si bien, se describe:

- Que la vendedora ha cedido a la compradora los derechos económicos y políticos de las participaciones pendientes de transmisión, es decir, pendientes de pago. El consultante señala que esa cesión no incluye ni el derecho de adquisición preferente ni el derecho de información semestral de la compañía y de su consolidado.
- Que, en el caso de venta de participaciones de B a un tercero, sea directa o indirectamente, o de cualquiera de sus filiales o activos esenciales de la compañía o de sus filiales en un plazo de tres años contados a partir de julio de 2019, A tiene derecho a un precio mejorado consistente en un importe equivalente entre la diferencia entre el precio pactado en la compraventa y el precio que resulte de la venta al tercero, siempre que la mejora en el precio fuese positiva. En el supuesto de que se produzca la transmisión entre la fecha de compraventa y la del último tramo, se producirá el vencimiento anticipado de las consumaciones pendientes por el precio fijado en la venta al tercero, siempre que sea superior a los pagos aplazados pactados.
- En caso de incumplimiento por parte de B de cualquiera de los plazos de consumación previstos o del pago del precio mejorado, la cesión de derechos de las participaciones pendientes de pago quedará sin efecto y la vendedora recuperará automáticamente todos los derechos políticos y económicos cedidos de las participaciones que ostente a ese momento. Adicionalmente, entraría en vigor un pacto de socios firmado entre las partes donde, entre otros acuerdos,

se estipula que habrá un régimen de mayorías reforzadas para la toma de acuerdos y se activará un derecho a un dividendo mínimo del 25 % sobre el beneficio consolidado.

- A efectos de garantizar el pago del precio de las consumaciones aplazadas, el otro socio de B prestó fianza solidaria a A, y tanto el otro socio como B se comprometieron a garantizar la solvencia de la compañía y de sus filiales, obligándose a no distribuir dividendos superiores al 25 % del resultado anual consolidado.

El contrato de compraventa incluye un precio determinado y fijo sin interés por el aplazamiento en el pago, salvo en caso de demora respecto de los plazos de vencimiento previstos. En este supuesto, B debe satisfacer el interés de demora fijado anualmente en la ley de presupuestos; en caso de que B decida anticipar alguna consumación, el precio del tramo anticipado se reducirá en un importe equivalente al 0,6 % anual por los días de anticipación.

La consultante informa que, como resultado del contrato, la sociedad A ha registrado la venta de cada paquete de participaciones en la respectiva fecha de consumación de la compraventa, contabilizando por diferencia entre el precio percibido y el valor contable de las participaciones transmitidas un resultado contable. Esto es, la consultante opina que no estamos ante una compraventa con pago aplazado y, por tanto, no cabe entender que parte de la renta se corresponda con un interés implícito.

Por otro lado, el registro de B ha sido asimétrico, porque ha contabilizado en el mismo ejercicio 2019 la adquisición de las participaciones propias, diferenciando las adquiridas, por haberse consumado el tramo, frente a las demás, que se registran como un compromiso de compra futuro.

Ese tratamiento se apoya en entender que la vendedora sigue participando de forma significativa en los riesgos y beneficios del activo vendido (acciones B) y que, además, a la fecha del contrato, existe un elevado riesgo financiero en el cobro de los plazos pactados. Por tanto, realiza las siguientes anotaciones contables:

- a) Teniendo en cuenta lo dispuesto en la norma de registro y valoración (NRV) 8.^a, «Activos financieros del Plan de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas» (PGC de Pymes), se entiende que no se dan las condiciones para dar de baja el activo financiero (acciones de B) y, por ello, el reconocimiento del ingreso se difiere hasta cada vencimiento por la diferencia entre el precio percibido y el valor contable del número de participaciones transmitidas, debido a que en cada vencimiento se produce la cesión de los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo.

- b) Teniendo en cuenta tanto la definición de activos del marco conceptual del PGC de Pymes y la consulta 5 del BOICAC número 77, de marzo de 2009, por la cual un derecho de crédito se reconocerá siempre que no existan dudas que dicho reembolso será percibido, no se reconoce ningún activo financiero por el crédito correspondiente a los importes pendientes de cobro del precio de venta debido a que se considera que esta operación es de elevado riesgo financiero en el cobro, con dudas razonables en el inicio de la operación de que se producirá el cobro de dichos plazos.

Después de esta descripción, se pregunta si el citado tratamiento contable se considera correcto o si por el contrario la baja de la totalidad de las participaciones se debió contabilizar en la fecha en que se acordó la compraventa lo que, a su vez, hubiera exigido reconocer un crédito por su valor actual neto, de forma que cada año procedería actualizar ese crédito con el registro del ingreso financiero por el interés implícito devengado.

Del escrito de la consulta se deduce que la sociedad A aplica el PGC de Pymes. El criterio para determinar cuándo procede contabilizar la baja de un activo financiero en aplicación de este marco de información se regula en el apartado 4, «Baja de activos financieros», de la NRV 8.^a, «Activos financieros», como sigue:

4. Baja de activos financieros.

La empresa dará de baja un activo financiero, o parte del mismo, cuando expiren los derechos derivados del mismo o se haya cedido su titularidad, siempre y cuando el cedente se haya desprendido de los riesgos y beneficios significativos inherentes a la propiedad del activo (tal como las ventas en firme de activos o las ventas de activos financieros con pacto de recompra por su valor razonable).

En las operaciones de cesión en las que de acuerdo con lo anterior no proceda dar de baja el activo financiero (como es el caso del descuento de efectos, del «*factoring* con recurso», de las ventas de activos financieros con pacto de recompra a un precio fijo o al precio de venta más un interés, de las cesiones de activos en las que la empresa cedente retiene el riesgo de crédito o la obligación de pagar intereses hasta que se cobre el principal al deudor), se registrará adicionalmente el pasivo financiero derivado de los importes recibidos.

A la vista de lo anterior, el adecuado tratamiento contable de los hechos que se describen en la consulta requiere como paso previo determinar si la sociedad A y la sociedad B han acordado la transferencia de los riesgos y beneficios sobre la totalidad de las participaciones en el momento inicial o si, por el contrario, dicha transferencia se produce por tramos, de manera sucesiva, a medida que se ejecuta el compromiso irrevocable de venta con el pago de cada tramo en cada una de las fechas acordadas.

En el primer escenario se estaría asumiendo que el acuerdo firmado es un contrato de compra y venta de las participaciones cuya ejecución se produce en el momento inicial, en el que la sociedad A recibe como contraprestación un precio fijo más un precio contingente para el hipotético caso de que la sociedad B transmitiese en un plazo de tres años las participaciones –o determinados activos– a un tercero por un importe superior. Además, sería preciso tener en cuenta que la sociedad A retiene el derecho de adquisición preferente de las participaciones no enajenadas.

En el segundo escenario, el acuerdo firmado englobaría un contrato de compra y venta del primer tramo –pagado– y un compromiso de compra y venta de cada uno de los tramos no ejecutados –pendientes de pago–.

Pues bien, sin perjuicio de que pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada corresponde en última instancia a los administradores de las sociedades que intervienen en la operación, a la vista de todos los antecedentes y circunstancias, desde una perspectiva general, cabe realizar las siguientes consideraciones:

- 1.^a La adquisición derivativa de participaciones propias por una sociedad de responsabilidad limitada está sujeta a lo previsto en los artículos 140 y siguientes del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC), aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio. Las observaciones que se formulan a continuación se realizan a efectos exclusivamente contables, con independencia, por lo tanto, de ese régimen jurídico y, en particular, de los requisitos exigidos por la normativa mercantil para poder concluir que la sociedad B ha adquirido sus propias participaciones.
- 2.^a La consultante sostiene que la consumación de la venta de cada tramo se produce con el cobro del precio de cada lote. Sin embargo, al mismo tiempo indica que en el momento de la firma del acuerdo se ceden a la sociedad B los derechos económicos y políticos de todas las participaciones, salvo el derecho de adquisición preferente.

La cesión se realiza a cambio de un precio fijo más un precio contingente. Esta circunstancia pone de manifiesto que la sociedad B adquiere la facultad de disposición plena sobre esas participaciones y, en lógica correspondencia, que la sociedad A no pueda recuperar su propiedad, salvo que la primera no atendiese el pago del siguiente tramo pendiente de vencimiento.

En contraprestación, la sociedad A recibe un derecho de cobro con unas características especiales y retiene el derecho de adquisición preferente de estas participaciones hasta que se produce el pago por la sociedad B.

Adicionalmente, en el escrito de consulta se expresa que, para garantizar el cobro de los tramos pendientes de vencimiento, el otro socio de B prestó fianza

solidaria a A, y junto a la sociedad B se comprometieron a garantizar la solvencia de la compañía y de sus filiales, obligándose a no distribuir dividendos superiores al 25 % del resultado anual consolidado.

- 3.^a La consulta 5 del BOICAC número 77, de marzo de 2009, hace referencia a la posible indemnización a percibir como consecuencia de un siniestro sufrido en un activo de una entidad, indicando la no procedencia en la contabilización de un crédito a cobrar «hasta que no desaparezca la incertidumbre asociada a la indemnización que finalmente se acuerde». Por lo tanto, esa interpretación se emitió bajo la premisa de que la empresa no conocía de forma certera ni el importe de la indemnización ni si se producirá su cobro.

Es decir, la situación contemplada en esa consulta difiere de la planteada en la que ahora nos ocupa, porque, en el presente caso, las partes han acordado un precio y un calendario de cobros en un contrato de compraventa. Las estimaciones llevadas a cabo en el momento de la suscripción del contrato habrán tenido en cuenta los riesgos financieros de la operación y, consecuentemente, el riesgo de cobro de cada uno de los plazos, incluyéndose estas circunstancias en dicho calendario de pagos como expresión del valor razonable de las participaciones.

Por ello, no parece lógico que la existencia de un riesgo de crédito sea el argumento para negar el reconocimiento de un activo de cuyo nacimiento y valoración no cabe duda.

- 4.^a Sobre la base de estos indicadores, y al margen de la conclusión a la que se pudiera llegar desde una perspectiva estrictamente mercantil, la información facilitada en la consulta advierte de elementos que podrían llevar a sostener que en el momento inicial se produjo la transferencia sustancial de los riesgos y ventajas de las participaciones.

En este contexto, la retención formal de los títulos (puesto que los derechos económicos y políticos se transmiten) supondría una garantía de cobro adicional para el vendedor. Del mismo modo, el derecho de adquisición preferente, más que un activo con un contenido patrimonial concreto también parece que se configura como la garantía que evita una potencial dilución de la sociedad A en tanto no se complete el cobro de los sucesivos tramos.

- 5.^a Por último, cabe señalar que en aplicación del PGC de Pymes el derecho de cobro se debió incluir en la cartera de activos financieros a coste amortizado. De conformidad con este criterio, se recuerda que la diferencia entre el valor actual de las cantidades pendientes de cobro y el precio fijo se tiene que registrar en la cuenta de pérdidas y ganancias como un ingreso financiero siguiendo el método del tipo de interés efectivo.

Ejemplo

Don Ismael y doña Beatriz forman un matrimonio en el que don Ismael es un empresario autónomo que lleva su contabilidad de acuerdo con el Código de Comercio. Doña Beatriz es asalariada por cuenta ajena.

Además, ambos tienen una participación del 50 % cada uno (don Ismael integrada en su patrimonio empresarial) de la sociedad Promociones Inmobiliarias Ferretería, SL. Uno de sus principales activos es un terreno y un bloque de edificios situados en una zona *prime*, cuya venta se va a realizar en breve, y existe incluso la posibilidad de que una tercera empresa esté interesada en la compra de los pisos en bloque e, incluso, de la sociedad. El precio de adquisición fue de 200.000 euros por cada uno de los socios.

Como consecuencia de sus desavenencias matrimoniales y de la ingobernabilidad de la sociedad, don Ismael decide vender su participación societaria por importe de 500.000 euros, de tal forma que doña Beatriz quede como socia única de la sociedad. Las alternativas que se plantean son:

- a) Don Ismael vende a doña Beatriz sus participaciones. La sociedad Promociones Inmobiliarias Ferretería, SL presta 500.000 euros a doña Beatriz para que esta pague a don Ismael el precio acordado. Este préstamo se irá devolviendo a lo largo del tiempo y como garantía se pondrían las propias acciones y la vivienda de doña Beatriz.
- b) Don Ismael vende a doña Beatriz sus participaciones y esta solicita a una entidad financiera un préstamo por el valor acordado de compra (500.000), que irá devolviendo poco a poco con los dividendos que cobre de la sociedad. No se presta ninguna garantía para este préstamo por la sociedad.
- c) Don Ismael vende a doña Beatriz sus participaciones. Ante la falta de liquidez de esta, acuerdan el pago aplazado del precio lo largo de cinco años, a razón de 100.000 euros cada año sin intereses, con las siguientes condiciones:
 - Don Ismael cede los derechos políticos y económicos de todas las acciones en el momento de la firma del contrato, salvo el derecho de suscripción preferente.
 - Se establece una cláusula de ajuste en el precio de las acciones para el caso de que doña Beatriz venda las acciones antes del pago de la última cuota a un precio superior al fijado en el contrato.
 - Se establece una limitación al reparto de dividendos de la sociedad para no descapitalizarla consistente en un 25 % de los beneficios operativos.
 - Si Doña Beatriz no pagase algún plazo, todas las acciones y derechos cedidos volverán a don Ismael.

Se pide:

Comente cada una de las opciones y contabilice la opción recomendada desde el punto de vista de doña Beatriz y de don Ismael durante el año 1 y el año 2, si el tipo de interés de mercado para operaciones de similar riesgo y plazo es del 10 %.

Solución

Opción a)

La opción a) no puede realizarse, ya que sería nula por incurrir en la asistencia financiera prevista en el artículo 150 del TRLSC y dentro de los negocios prohibidos para la sociedad limitada en el artículo 143, que establece:

Artículo 143. Negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada.

1. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca.
2. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

Opción b)

La opción b) se desestima por su alto coste fiscal. La deuda la tiene doña Beatriz, que tributa en el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) y el dinero se obtiene en la sociedad. Cada vez que la sociedad obtenga beneficios, tributará por ellos un 25 % si tributa en el régimen general (si la sociedad tiene un beneficio de 100, tributará 25 en el impuesto de sociedades y, en el mejor de los casos, solo quedarán 75 para repartir dividendos) y, posteriormente, tendrá que tributar doña Beatriz en el IRPF por la recepción de esos dividendos (si ha recibido unos dividendos de 75, tendrá que tributar en el IRPF entre el 19 % y el 28 %), por lo que se producirá una tributación cercana al 45 %. Por otro lado, doña Beatriz tendría problemas para la deducción de los intereses en su renta.

Opción c)

Esta es la más beneficiosa de las planteadas. En este caso, la duda radica en si se ha producido la venta de las acciones (compra con pago aplazado) o si lo que tenemos es una compraventa en tramos y un compromiso de compra posterior.

Para poder analizar la operación, recurrimos al Plan General de Contabilidad (PGC), en la sección de «baja de activos financieros», donde señala que:

La empresa dará de baja un activo financiero, o parte del mismo, cuando expiren o se hayan cedido los derechos contractuales sobre los flujos de efectivo del activo financiero, siendo necesario que se hayan transferido de manera sustancial los riesgos y beneficios inherentes a su propiedad.

Si analizamos los riesgos y ventajas de las acciones, podemos resumir que el riesgo principal es la bajada de precios, y los beneficios principales son la recepción de los dividendos y la subida de precios, así como el poder de decisión en la sociedad. El principal riesgo del dueño

de las acciones, que es la bajada de precios, se ha transferido, ya que el precio es fijo, y los principales beneficios derivados de la propiedad, tal y como es recibir los dividendos de la sociedad y beneficiarse de las subidas de cotización de las acciones, también se han transmitido (excepto en el caso de que se produzca una transmisión a terceros).

Con base en lo anterior, podemos concluir que doña Beatriz ha adquirido todos los riesgos y beneficios derivados de la propiedad, por lo que las acciones son suyas desde el momento de la compra, con independencia del tratamiento mercantil. La retención por parte de don Ismael de los títulos hasta que se produce el pago de cada tramo no deja de ser una forma de asegurar el cobro, ya que ha cedido los derechos económicos y políticos de las acciones.

Los asientos de contabilización serían:

Compradora (doña Beatriz, en caso de que llevase contabilidad)

Aunque la operación se pacte sin intereses, de acuerdo con lo dispuesto en el PGC, la operación debe contabilizarse teniendo en cuenta el tipo de interés de mercado para operaciones similares.

El valor actualizado de todas las cantidades es:

$$VA = \frac{100.000}{(1 + 10\%)^1} + \frac{100.000}{(1 + 10\%)^2} + \frac{100.000}{(1 + 10\%)^3} + \frac{100.000}{(1 + 10\%)^4} + \frac{100.000}{(1 + 10\%)^5} = 379.078,68$$

Año	Pago	Intereses	Principal	Coste amortizado
				379.078,68
1	100.000,00	37.907,87	62.092,13	316.986,55
2	100.000,00	31.698,65	68.301,35	248.685,20
3	100.000,00	24.868,52	75.131,48	173.553,72
4	100.000,00	17.355,37	82.644,63	90.909,09
5	100.000,00	9.090,91	90.909,09	0,00

Por la compra de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas	379.078,68	



Código	Cuenta	Debe	Haber
◀			
171	Deudas a largo plazo		316.986,55
521	Deudas a corto plazo		62.092,13

Al cierre del ejercicio por el pago de la primera anualidad y la reclasificación a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	62.092,13	
662	Intereses de deudas	37.907,87	
572	Bancos c/c		100.000

Por la reclasificación a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
171	Deuda a largo plazo	68.301,35	
521	Deuda a corto plazo		68.301,35

Durante el año 2, por el pago de la cuota:

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	68.301,35	
662	Intereses de deudas	31.698,65	
572	Bancos c/c		100.000

Por la reclasificación a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
171	Deuda a largo plazo	75.131,48	
521	Deuda a corto plazo		75.131,48

Vendedor (don Ismael)

Don Ismael dará de baja sus acciones en el momento de la firma del contrato reconociendo un beneficio (que, desde el punto de vista fiscal, si se produjese tributación de este, sería una venta a plazos) y el correspondiente derecho de cobro. El asiento sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
252	Crédito a largo plazo	316.986,55	
542	Crédito a corto plazo	62.092,13	
240	Participaciones a largo plazo en partes vinculadas		200.000
773	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		179.078,68

Al cierre del ejercicio, por el cobro de la primera anualidad y la reclasificación a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Crédito a corto plazo		62.092,13
762	Ingresos de créditos		37.907,87
572	Bancos c/c	100.000	

Por la reclasificación a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Crédito a corto plazo	68.301,35	
252	Crédito a largo plazo		68.301,35

Durante el año 2, por el pago de la cuota:

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Crédito a corto plazo		68.301,35
762	Ingresos de créditos		31.698,65
572	Bancos c/c	100.000	

Por la reclasificación a corto plazo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Crédito a corto plazo		75.131,48
252	Crédito a largo plazo	75.131,48	



Segundo ejercicio resuelto de las pruebas selectivas para el ingreso en el cuerpo de interventores-tesoreros, categoría de entrada, de la escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional (promoción interna)

María Álvarez Fernández (autora de contacto)

Interventora-tesorera de Administración local (España)

Marta González Amador

Interventora-tesorera de Administración local (España)

(Segundo ejercicio resuelto de las pruebas selectivas para el ingreso en el cuerpo de interventores-tesoreros, categoría de entrada, de la escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional [promoción interna]. Convocado por Resolución de 16 de diciembre de 2020 [BOE de 21 de diciembre]).

Sumario

- Bloque 1. Presupuesto.** El presupuesto y sus modificaciones. Gestión presupuestaria. Ejecución y liquidación del presupuesto. Reglas fiscales de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Morosidad y periodo medio de pago.
- Bloque 2. Fiscalización de actos administrativos.** Fiscalización de actos administrativos relativos a las diversas materias relacionadas con la gestión y ejecución del presupuesto.
- Bloque 3. Contabilidad.** Contabilidad financiera. Contabilidad analítica y de gestión. Contabilidad pública local.
- Bloque 4. Tesorería y recaudación.** Operaciones de crédito. Principio de prudencia financiera. Gestión tributaria, recaudación e inspección tributaria. Gestión de la tesorería y de los ingresos.

Publicado: 03-07-2024



Bloque núm. 1

Presupuesto

Pregunta 1

El día 31 de diciembre del ejercicio 2020, el Ayuntamiento Villa Atocha presenta, entre otros, los siguientes datos en euros:

Crédito inicial	Modificaciones de crédito	Crédito definitivo	Obligaciones reconocidas	Pendiente de pago
12.000.000	350.000	12.350.000	10.900.000	5.000.000

Previsiones definitivas de ingresos	Derechos reconocidos	Derechos anulados	Pendiente de cobro
13.500.000	13.000.000	100.000	3.000.000

Las inversiones en curso son las siguientes:

A) Construcción de una escuela infantil financiada en un 50 % con una subvención de la comunidad autónoma, cuya resolución de concesión se aprobó el 23 de octubre 2019, y que se abonará una vez que se justifique su finalización mediante la presentación de las certificaciones de obra y su liquidación. Para financiar otro 20 % de la obra se ha concertado una operación de crédito a largo plazo por importe de 80.000 euros, la cual se ha dispuesto íntegramente el 1 de julio de 2019. Se conoce la siguiente información:

Obligaciones reconocidas 2019	Pendiente de pago 2019
10.000 €	0,00 €
Obligaciones reconocidas 2020	Pendiente de pago 2020
100.000 €	100.000 €

B) Rehabilitación, con incremento de la vida útil, de la biblioteca municipal, financiada con recursos propios y un préstamo de 200.000 euros que se ingresó en cuentas bancarias de titularidad municipal el 1 de julio de 2020. Las obras se iniciaron el 1 de septiembre del ejercicio 2020. Su importe de adjudicación ascendió a 1.000.000 euros, reconociéndose obligaciones en el 2020 por una cantidad de 300.000 euros.

C) Durante el ejercicio 2020 se tramitó un expediente de crédito extraordinario financiado con remanente de tesorería para gastos generales del ejercicio anterior por importe de 100.000 euros destinado a la construcción de una pista de pádel en el polideportivo municipal. La obra se adjudicó el 30 de septiembre y la empresa constructora ha presentado únicamente una certificación de obra a 31 de diciembre 2020 por importe de 50.000 euros.

El Ayuntamiento no cuenta con caja efectivo y el saldo en bancos alcanza la cifra de 1.200.000 euros a 31 de diciembre de 2020.

Con la información facilitada,

Se solicita:

1. Calcular el remanente de crédito del ejercicio 2020.
2. Calcular el resultado presupuestario 2020. Indique los ajustes.
3. Calcular el saldo de dudoso cobro, sabiendo que la entidad aplica los porcentajes mínimos establecidos en la normativa vigente y que los derechos liquidados pendientes de cobro de ejercicios cerrados son:
 - Ejercicio 2019: 150.000 euros.
 - Ejercicio 2018: 50.000 euros.
 - Ejercicio 2017: 40.000 euros.
 - Ejercicio 2016: 40.000 euros.
 - Ejercicios anteriores al 2016: 35.000 euros.

4. Dadas las cuantías reflejadas anteriormente referentes al pendiente de cobro de presupuestos cerrados, ¿qué expediente considera que debería tramitar el ayuntamiento?
5. Teniendo en cuenta los datos anteriores, calcular el remanente de tesorería total y el de gastos generales.
6. De acuerdo con el resultado obtenido en el remanente de tesorería para gastos generales, informar si debe adoptar alguna medida el ayuntamiento.
7. La factura correspondiente al resto de la construcción de la pista de pádel se presenta en el registro del ayuntamiento el 1 de enero de 2021. ¿Qué modificación/es presupuestaria/s puede aprobar el ayuntamiento para dotar de financiación esta inversión en 2021?

Pregunta 2

Análisis de las reglas fiscales en las situaciones siguientes:

A) Un ayuntamiento pone en marcha, en el año 2021, un plan especial para la reforestación del monte comunal. El plan se ejecuta en el plazo de 3 meses (de febrero a abril) y se financia con cargo a una subvención autonómica de 500.000 euros.

En febrero se recibe el 50 % de la subvención, pero, a cierre del ejercicio 2021, el 50 % restante no se ha percibido todavía.

Por otro lado, ha tenido que reintegrar 35.000 euros por las liquidaciones definitivas aplazadas de signo negativo correspondientes a la participación en los tributos del Estado de los años 2008 y 2009.

Se solicita:

Indicar qué ajustes proceden sobre la liquidación de 2021 en el cálculo del saldo de la estabilidad presupuestaria y del gasto computable. Fundamente la respuesta.

B) En el año 2021, un ayuntamiento:

- a) Aprueba una modificación presupuestaria de incorporación de remanentes de crédito (fase AD) por importe de 170.000 euros financiada con cargo al remanente de tesorería de la liquidación de 2020. De estas:

- 100.000 euros se corresponden a inversiones ordinarias con cargo al remanente de tesorería afectado.
 - 70.000 euros se corresponden a inversiones financieramente sostenibles iniciadas en 2020 por gastos COVID regulados en el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.
- b) Concede una transferencia de capital por 1.000.000 euros a un organismo autónomo dependiente para que rehabilite su sede social y una transferencia de capital por 300.000 euros a una sociedad mercantil de capital 100 % municipal que está clasificada como sociedad de mercado para que ejecute unas obras de asfaltado en el municipio.

Se solicita:

Indicar qué efectos tienen sobre el saldo de la estabilidad presupuestaria y del gasto computable de 2021. Fundamente la respuesta.

Solución

Pregunta 1

Apartado 1

De conformidad con el artículo 98 del Real Decreto 500/1990:

1. Los remanentes de crédito están constituidos por los saldos de créditos definitivos no afectados al cumplimiento de obligaciones reconocidas.
2. Integrarán los remanentes de crédito los siguientes componentes:
 - a) Los saldos de disposiciones, es decir, la diferencia entre los gastos dispuestos o comprometidos y las obligaciones reconocidas.
 - b) Los saldos de autorizaciones, es decir, la diferencia entre los gastos autorizados y los gastos comprometidos.
 - c) Los saldos de crédito, es decir, la suma de los créditos disponibles, créditos no disponibles y créditos retenidos pendientes de utilizar.

Por tanto, de acuerdo con los datos del enunciado, el remanente de crédito total sería el siguiente:

$\text{Créditos definitivos} - \text{Obligaciones reconocidas} = 12.350.000 - 10.900.000 = 1.450.000 \text{ um}$

Apartado 2

En primer lugar, para el cálculo del resultado presupuestario, identificaremos los gastos con financiación afectada y calcularemos las desviaciones de financiación. De acuerdo con los datos del supuesto, los gastos con financiación afectada serían los siguientes:

- Construcción de una escuela infantil, financiada en un 50 % con una subvención y en un 20 % con un préstamo.
- Rehabilitación de la biblioteca municipal, financiada con un préstamo por importe de 200.000 euros.

A continuación, calcularemos los coeficientes de financiación a 31-12-2020 (por cada gasto y por cada agente):

- | | |
|--|-----|
| • CF subvención escuela infantil | 0,5 |
| • CF préstamo escuela infantil | 0,2 |
| • CF préstamo biblioteca (200.000/1.000.000) | 0,2 |

Las desviaciones de financiación del ejercicio a 31-12-2020 son las siguientes:

- | | |
|--|-------------|
| • Escuela infantil (subvención) (DRN – CF × ORN) (0 – 0,5 × 100.000) | – 50.000 um |
| • Escuela infantil (préstamo) (DRN – CF × ORN) (0 – 0,2 × 100.000) | – 20.000 um |
| • Biblioteca (préstamo) (DRN – CF × ORN) (200.000 – 0,2 × 300.000) | 140.000 um |

Las desviaciones de financiación acumuladas a 31-12-2020 son las siguientes:

- | | |
|---|-------------|
| • Escuela infantil (subvención) (DRN – CF × ORN) (0 – 0,5 × 110.000) | – 55.000 um |
| • Escuela infantil (préstamo) (DRN – CF × ORN) (80.000 – 0,2 × 110.000) ... | 58.000 um |
| • Biblioteca (préstamo) (DRN – CF × ORN) (200.000 – 0,2 × 300.000) | 140.000 um |

Resultado presupuestario 2020:

- | | |
|---|---------------|
| • Derechos reconocidos netos (13.000.000 – 100.000) | 12.900.000 |
| • Obligaciones reconocidas netas | (–)10.900.000 |
| • Resultado antes de ajustes | 2.000.000 |

- +ORN financiadas con RTgg 50.000 (*)
- +Desviaciones de financiación (-) del ejercicio + 70.000
- -Desviaciones de financiación (+) del ejercicio - 140.000
- Resultado presupuestario ajustado 1.980.000 um

(*) Se entiende que respecto a la certificación de obra presentada a 31-12-2020 por la construcción de la pista de pádel se han reconocido obligaciones por 50.000 um.

Apartado 3

Resultado de los saldos de dudoso cobro a 31-12-2020 (art. 193 bis del TRLRHL):

Derechos pendientes cobro ejercicio	Importe	Porcentaje	Importe dudoso cobro (um)
2019	150.000	25 %	37.500
2018	50.000	25 %	12.500
2017	40.000	50 %	20.000
2016	40.000	75 %	30.000
Anteriores a 2016	35.000	100 %	35.000
Total derechos de difícil o imposible recaudación			135.000

(*) Si hubiese derechos pendientes de cobro del ejercicio 2015, se les aplicaría un 75 %.

Apartado 4

Habría que estudiar la posibilidad de iniciar un expediente de prescripción de derechos. El plazo de prescripción para exigir el pago de deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas es de cuatro años desde el día siguiente al que finalice el plazo de pago en periodo voluntario (arts. 66 y 67 de la LGT).

Apartado 5

- 1. Fondos líquidos a 31-12-2020 1.200.000
- 2. DPC 3.315.000



Corriente	3.000.000
Cerrados.....	315.000
No pto.	0
3. OPP	(-) 5.000.000
Corriente.....	5.000.000
Cerrados.....	0
No pto.	0
4. PPA	
– cobros	0
+ pagos	0
RT total	–485.000
Dudoso cobro	135.000
Exceso financiación afectada	198.000
RGB	–818.000 um

Apartado 6

De acuerdo con el artículo 193 del TRLRHL:

1. En caso de liquidación del presupuesto con remanente de tesorería negativo, el Pleno de la corporación o el órgano competente del organismo autónomo, según corresponda, deberán proceder, en la primera sesión que celebren, a la reducción de gastos del nuevo presupuesto por cuantía igual al déficit producido. La expresada reducción sólo podrá revocarse por acuerdo del Pleno, a propuesta del presidente, y previo informe del Interventor, cuando el desarrollo normal del presupuesto y la situación de la tesorería lo consintiesen.
2. Si la reducción de gastos no resultase posible, se podrá acudir al concierto de operación de crédito por su importe, siempre que se den las condiciones señaladas en el artículo 177.5 de esta ley.
3. De no adoptarse ninguna de las medidas previstas en los dos apartados anteriores, el presupuesto del ejercicio siguiente habrá de aprobarse con un superávit inicial de cuantía no inferior al repetido déficit.

Apartado 7

Respecto a la construcción de la pista de pádel (inversión del capítulo 6 de gastos), el remanente de crédito a 31-12-2020 sería de 50.000 um.

De acuerdo con el artículo 47 del Real Decreto 500/1990, son incorporables los remanentes de crédito procedentes de operaciones de capital, como sería el caso que nos ocupa.

Podríamos tramitar una incorporación de remanentes financiada con remanente de tesorería. Para ello, habrá que esperar a la liquidación del presupuesto de 2020. Con los datos del supuesto, y teniendo remanente de tesorería negativo, esta opción no sería viable.

Por tanto, al no ser posible la incorporación de remanentes y no tener datos de otros recursos que pudiesen financiar alguna de las modificaciones presupuestarias que establece la ley, habrá que gastar de los créditos del presupuesto de 2021.

Pregunta 2

Apartado A)

El primer ajuste que habrá que realizar en el cálculo de la capacidad de financiación de acuerdo con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC) es el ajuste por subvenciones recibidas. A efectos de contabilidad nacional, se aplica el criterio del ente pagador (cuando este haya reconocido la obligación en su contabilidad).

- Si en nuestro presupuesto seguimos el mismo criterio que la Unión Europea para el reconocimiento de las subvenciones, no habrá que hacer ningún ajuste en contabilidad nacional.
- Si en nuestro presupuesto seguimos el criterio de caja para el reconocimiento de las subvenciones, en nuestro presupuesto tendremos un derecho reconocido por importe de 250.000 euros. De esta forma:
 - Si la comunidad autónoma ha reconocido su obligación a 31-12: haremos un ajuste por 250.000 euros.
 - Si la comunidad autónoma no ha reconocido su obligación a 31-12: no hay ajuste.

En cuanto a la regla de gasto, para obtener el gasto computable, se descontará la parte del gasto financiado con fondos finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones públicas. En este sentido, se reducirá la parte del gasto que se financie con

ingresos afectados aun cuando estos fondos se perciban en un ejercicio distinto al del devengo del gasto. Por tanto, descontaremos 500.000 € en la regla de gasto del ejercicio 2021.

El segundo ajuste corresponde a la participación en los tributos del Estado de los años 2008 y 2009. En 2008 y 2009 la liquidación de la PIE fue negativa (a devolver por las entidades locales). Las LPGE permitieron el diferimiento de las cantidades a devolver por las entidades locales mediante el fraccionamiento de la devolución en diversas mensualidades.

Este ajuste siempre es positivo, en este caso, por importe de 35.000. Este ajuste únicamente tiene efectos en el cálculo de la estabilidad presupuestaria.

Apartado B)

- a) La utilización del remanente de tesorería para financiar inversiones tiene un efecto negativo en la capacidad de financiación, pues estamos financiando un gasto no financiero (capítulo 6) con un ingreso financiero (capítulo 8).

En cuanto a las inversiones financieramente sostenibles, el gasto ejecutado IFS no computa en la regla de gasto.

- b) El SEC define al sector Administraciones públicas como aquel que:

incluye todas las unidades institucionales que son otros productores no de mercado cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian principalmente mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y/o que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional.

De acuerdo con los datos del supuesto:

- El organismo autónomo se incluye en el sector Administraciones públicas.
- La sociedad mercantil no se incluye en el sector Administraciones públicas, pues está clasificada como de mercado.

En cuanto a los ajustes que habría que realizar:

- La transferencia de capital (capítulo 7) realizada al organismo autónomo no tiene efectos en la capacidad de financiación. No obstante, en la regla de gasto, una vez determinados los empleos no financieros, se descontarán aquellos gastos considerados como transferencia según el SEC, cuyo destinatario sea alguna de las unidades que integran la corporación local y que se incluyen en el artículo 2.1 de la Ley orgánica 2/2012, debido a

que son transferencias internas según el SEC. Por tanto, descontaremos 1.000.000 euros.

- En cuanto a la transferencia a la sociedad mercantil, no supone ningún ajuste en el cálculo de la estabilidad y la regla de gasto.

Bloque núm. 2

Fiscalización de actos administrativos

Pregunta 1

En el Ayuntamiento de Villa Atocha se tramitó durante el ejercicio 2019 expediente de contratación de prestación de servicios denominado «Servicio de seguridad con vigilantes en los edificios públicos de titularidad municipal». En el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) consta la siguiente información:

- Según estudio económico que se acompaña al expediente, se ha estimado que los costes de la prestación del contrato, teniendo en cuenta gastos de personal, materiales, gastos generales de administración y beneficio industrial serán los siguientes:

– Ejercicio 2019 (2.000.000 € + 420.000 € IVA)	2.420.000 €
– Ejercicio 2020 (2.400.000 € + 504.000 € IVA).....	2.904.000 €
– Ejercicio 2021 (200.000 € + 42.000 € IVA)	242.000 €
- Plazo de ejecución: dos años, siendo su fecha prevista de inicio el 1 de febrero de 2019.
- Posibilidad de prórroga: el contrato se podrá prorrogar por un periodo igual a su plazo de ejecución.
- Modificaciones del contrato: es posible su modificación por un importe máximo de 200.000 € + 42.000 € IVA = 242. 000 €. Se prevé la posibilidad de modificar el contrato con el fin de incluir la seguridad en un edificio actualmente en construcción, estando prevista su finalización el 1 de octubre de 2020. La seguridad

podrá incrementarse con dos vigilantes con turnos de 12 h los días no festivos previa acreditación de la finalización de las referidas obras de construcción.

El contrato se adjudicó a la entidad que ofertó una baja del 25 %.

Con la información facilitada,

Se solicita:

- a) Presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato.
- b) Valorar si es posible establecer en los pliegos la modificación del contrato indicada.
- c) Indicar documento contable, importe y fase de ejecución del gasto en el momento de la aprobación de los pliegos del contrato.
- d) Documento contable, importe y fase de ejecución del gasto en el momento de su adjudicación.
- e) En el ejercicio 2020 y como consecuencia de la pandemia COVID-19, aumentó el número de usuarios en el comedor social habilitado en uno de los centros municipales, resultando necesario incrementar el servicio que se prestaba de vigilancia con una persona más de seguridad. Se valora dicho incremento en 30.000 euros hasta la finalización del contrato. Explicar y justificar si es posible esta modificación del contrato.

Pregunta 2

El alcalde del ayuntamiento remite al interventor un oficio para que informe la relación de puestos de trabajo.

Se solicita:

- a) ¿Qué tipo de informe debe realizar el interventor?
- b) ¿Cuál es el contenido mínimo que debe reunir la relación de puestos de trabajo?

Pregunta 3

El alcalde del ayuntamiento remite al interventor en diciembre de 2020, como en ejercicios anteriores, un expediente de un contrato de 16.000 euros (IVA incluido) relativo al servicio de colocación y retirada de las luces navideñas.

Se solicita:

- a) ¿Es posible aprobar un contrato menor?
- b) ¿Qué documentación debería contener un expediente de contrato menor?
- c) ¿Qué tipo de control interno se debe realizar en los contratos menores?

Pregunta 4

Se le remite al interventor una factura en enero de 2021 relativa a un contrato menor, iniciado en 2020, pero que no llegó a adjudicarse en dicho año.

Se solicita:

¿Cómo debe informar el interventor?

Pregunta 5

Se le remite al interventor en enero de 2021 una factura de 31-12-2020 y registrada de entrada en el ayuntamiento el mismo día 31-12-2020, relativa a un contrato menor, adjudicado en 2020.

Se solicita:

¿Cómo debe informar el interventor?

Pregunta 6

En septiembre de 2020 se le remite al interventor el presupuesto general del ejercicio 2021, donde se incluye el anexo de personal con los siguientes datos:

• Salario base	880.608,63 €
• Complemento de destino	514.743,30 €
• Complemento específico	1.055.156,32 €
• Antigüedad	355.801,93 €



• Complemento puesto de trabajo	11.911,87 €
• Ayuda minusvalía	7.200 €
• Pagas extraordinarias	184.168,20 €
• Seguridad Social	842.685,27 €
• Total	3.852.275,51 €

Todo el personal es funcionario.

Se solicita:

- Se informe sobre la cuantía global del complemento específico.
- Se informe sobre el complemento puesto de trabajo.
- Si el equipo de gobierno quiere dotar en el presupuesto una cuantía para contrataciones temporales, ¿cómo se podría incluir?

Solución

Pregunta 1

- Objeto: Prestación del servicio vigilancia y seguridad en los edificios públicos.
- Contrato de servicios del anexo IV: Sí. Código CPV: 79.710000-4. Servicios de seguridad.

Nota previa sobre los datos del enunciado:

- El ejercicio 2020 es completo, por tanto, 12 meses.
Importe mensual: $2.904.000/12 \text{ meses} = 242.000 \text{ €/mes.}$
- El ejercicio 2019 son 10 meses.
 $2.420.000/242.000 = 10 \text{ meses.}$ Puede interpretarse que el reconocimiento de la obligación del mes de diciembre, de acuerdo con el criterio de exigibilidad, debería aplicarse al presupuesto del ejercicio siguiente, pero entonces el ejercicio 2021 debería tener el importe correspondiente a dos meses (diciembre y enero) y solo tiene uno. De lo anterior se concluye que el estudio económico recoge importes para 1 año y 11 meses, no para 2 años como dice el enunciado.

Apartado a)

• Presupuesto base de licitación	5.566.000
• Presupuesto sin IVA (2.000.000 + 2.400.000 + 200.000)	4.600.000
• Tipo de IVA: 21 % → Total IVA	966.000

Artículo 100 de la LCSP: Límite máximo de gasto que puede comprometer el órgano de contratación, incluyendo el IVA, pero sin considerar las prórrogas y posibles modificaciones. Es la referencia básica para que los licitadores presenten sus ofertas económicas (tanto alzado, precio unitario, canon, etc.). Se exige que en el PCAP figure el desglose de costes directos (salarios y medios materiales), indirectos (gastos generales y beneficio industrial) y otros eventuales gastos. Si en los costes se incluyen gastos de personal, se indicará mayor desglose con base en género, categoría profesional y convenio laboral de referencia.

Prórroga: Sí. Duración: 2 años. Será obligatoria para el empresario, con obligación de preaviso, en los términos del artículo 29.2 de la LCSP.

Modificación: Sí. Porcentaje de modificación: $200.000/4.600.000 = 4,35 \%$

Valor estimado: 9.400.000 €

Artículo 101 de la LCSP: Para determinar el valor estimado se tomará el importe total pagadero, sin incluir el IVA, incluyendo cualquier opción eventual, las prórrogas y modificaciones (estimación de todos los compromisos económicos que pueden derivarse del contrato, aunque finalmente no se ejecuten). El valor estimado no implica gasto, únicamente determina el régimen jurídico aplicable a la licitación y al contrato: si está sujeto a regulación armonizada, el procedimiento de licitación y su publicidad. El método para calcularlo debe figurar en el PCAP.

Método de cálculo. Artículo 101 de la LCSP: En costes directos se imputan los costes de salarios del personal de vigilancia, antigüedad, complementos de puesto y medios materiales según figuren en los anexos al pliego de prescripciones técnicas (PPT). En costes indirectos se incluirán los gastos generales y el beneficio industrial.

• Valor inicial contrato	4.600.000
• Valor de las prórrogas, teniendo en cuenta que la duración máxima de las mismas es de dos años (24 meses), asciende a	4.600.000
• Valor modificaciones previstas en el PPT	200.000

Sujeto a regulación armonizada: Sí.

Artículos 21 y 22.1 de la LCSP: El umbral de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea para los contratos de suministro y servicios en el momento del examen era de 214.000 euros (entidades locales o sus entes dependientes), si bien hay que tener en cuenta que son 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV de la LCSP.

Apartado b)

Artículo 203.2 a) de la LCSP: Cuando así se haya previsto en el PCAP en los términos y condiciones del artículo 204: máximo 20 % del precio inicial. Como se cumplen ambos requisitos, sí es posible.

Apartado c)

Documento contable A (autorización del gasto), por importe de 966.000 euros.

Apartado d)

Documento contable D (disposición o compromiso), por importe de 724.500 € (con una baja del 25 %). Queda fijado el precio del contrato (art. 102 de la LCSP), incluido el IVA por la oferta económica del adjudicatario.

Apartado e)

Artículo 203.2 de la LCSP:

Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el PCAP, siempre y cuando se cumplan las condiciones del artículo 205:

- Cuando fuera necesario añadir obras, servicios o suministros adicionales a los inicialmente contratados, cuando el cambio de contratista no fuera posible y máximo 50 % del precio inicial.
- Por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación del contrato, con un máximo del 50 % del precio inicial.

Pregunta 2

Apartado a)

Tipo de informe: La relación de puestos de trabajo no implica modificaciones de la plantilla por modificación de las retribuciones complementarias, no conlleva informe de la Intervención.

La aprobación de la relación de puestos de trabajo no implica actividad económico-financiera de la entidad local. No es función interventora.

El artículo 32.1 del Real Decreto 424/2017, bajo la denominación de «Actuaciones de control financiero permanente», recoge dos tipos de informes:

- Informes específicos de control sobre la actividad económico-financiera no sujeta a función interventora (apartado a).
- Informes previstos en las normas presupuestarias y reguladoras de la gestión económica del sector público local atribuidas al órgano interventor (apartado d).

En la misma línea, la Resolución de la IGAE de 30 de julio de 2015, por la que se regula el ejercicio del control financiero permanente (en el ámbito estatal), dispone que el control financiero permanente comprende las actuaciones previstas en las normas presupuestarias y reguladoras de la gestión económica del sector público; entre otros, los informes a las bases reguladoras de la concesión de subvenciones (art. 17 de la LGS), los informes de las actividades relacionadas con la asistencia a las mesas de contratación previstas en el TRLCS, los informes en materia de modificaciones de crédito, etc.

Apartado b)

Artículo 74 del EBEP. Ordenación de los puestos de trabajo.

Las Administraciones públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.

Pregunta 3

Apartado a)

Sí, pues, según el artículo 118 de la LCSP, son menores los de valor estimado inferior a 40.000 euros en obras o 15.000 euros en servicios y suministros; por lo tanto, excluido el IVA, el contrato tiene un valor estimado de 13.223 euros.

Apartado b)

Se exige informe del órgano de contratación justificando motivadamente que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales anteriores. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación de la factura.

Apartado c)

Los contratos menores están exentos de fiscalización previa. Así lo dispone el artículo 219.1 del TRLHL y el artículo 17 b) del Real Decreto 424/2017, RCI. Por lo tanto, no hay fiscalización en las fases de autorización del gasto y adjudicación, que implica la disposición o compromiso.

Sin embargo, sí está sujeto a fiscalización el reconocimiento de la obligación. En este sentido, la Audiencia de Cuentas de Canarias, en su Dictamen 03/2013, de 19 de diciembre de 2013, considera que los extremos que se deben comprobar en un contrato menor serán, entre otros, la existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado, que las obligaciones se generan por órgano competente, que el reconocimiento de la obligación responde a un gasto aprobado y la incorporación al expediente de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos. Y concluye que la exención de fiscalización previa de los contratos menores alcanza a las fases de autorización y disposición de gasto y, por tanto, no se extiende a la fase de reconocimiento de la obligación.

Pregunta 4

Se interpreta que «iniciado en 2020» significa que tuvo lugar la autorización, si bien no llegó a adjudicarse y, por tanto, no ha llegado a la fase de compromiso. En consecuencia, para el reconocimiento de la obligación de la citada factura no puede aplicarse el criterio del gasto debidamente comprometido del artículo 26.2 b) del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril.

No obstante, del término «iniciado en 2020» puede interpretarse que la prestación continúa en 2021 y, al tratarse de un contrato menor, tanto la autorización como el compromiso y el reconocimiento de la obligación podrían aplicarse a los créditos del presupuesto de 2021.

Pregunta 5

Si el contrato se adjudicó en 2020, la factura puede recibir el tratamiento de una obligación derivada de un gasto debidamente comprometido en el ejercicio anterior y, por tanto, el informe sería favorable siempre que en el ejercicio 2021 existiera crédito adecuado y suficiente sin perjudicar al correspondiente servicio (art. 26 del Real Decreto 500/1990: pueden aplicarse al presupuesto vigente las obligaciones derivadas de compromisos adquiridos debidamente en ejercicios anteriores, previa incorporación del remanente de crédito, en su caso). En el presente caso, son obligaciones derivadas de un compromiso de gasto sin financiación afectada, por lo que pueden darse dos situaciones:

- Si es posible incorporar el remanente de crédito del año pasado al presupuesto de 2021 por existir remanente de tesorería para gastos generales de libre utilización, debe incorporarse el remanente y tramitar el reconocimiento de la obligación de esta factura, previo informe de la Intervención.
- Si no es posible incorporar el remanente de crédito por no existir remanente de tesorería para gastos generales de libre utilización, también puede aplicarse al presupuesto de 2021, puesto que se trata de compromisos de gasto adquiridos de conformidad con el ordenamiento jurídico para los que había crédito disponible en el ejercicio de procedencia. El ayuntamiento gastará los créditos del presupuesto vigente. Se procederá al reconocimiento de la obligación, previo informe de la Intervención.

Pregunta 6

Apartado a)

Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración local:

Artículo 7. Límites a la cuantía global de los complementos específicos, de productividad y gratificaciones.

1. Los créditos destinados a complemento específico, complemento de productividad, gratificaciones y, en su caso, complementos personales transitorios, serán los que resulten de restar a la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico, excluida la referida al personal laboral, la suma de las cantidades que al personal funcionario le correspondan por los conceptos de retribuciones básicas, ayuda familiar y complemento de destino.

2. La cantidad que resulte, con arreglo a lo dispuesto en el número anterior, se destinará:

- a) Hasta un máximo del 75 %, para complemento específico.
- b) Hasta un máximo del 30 %, para complemento de productividad.
- c) Hasta un máximo del 10 %, para gratificaciones.

La masa retributiva global 3.009.590,24 – 880.608,63 (retribuciones básicas) – 514.743,30 (complemento de destino) – 7.200 (ayuda) proporciona un saldo de 1.607.038,31 €.

$1.607.038,31 \text{ €} \times 75 \% = 1.205.278,73 \text{ €}$, que cumpliría el límite del artículo 7 del Real Decreto 861/1986.



Apartado b)

Sería una retribución complementaria según el artículo 24 del EBEP (similar al específico).

Apartado c)

Podría incluirse dentro del programa 929, «Imprevistos créditos globales», concepto 131, «Laboral temporal».

Bloque núm. 3

Contabilidad

Pregunta 1

El ente público A lleva su contabilidad adaptada al Plan General de Contabilidad Pública aprobado por la Orden Ministerial 1781/2013, de 20 de septiembre.

Se solicita:

Que se contabilicen las operaciones siguientes, realizadas por la entidad durante el ejercicio 2020:

1. Se da aplicación definitiva a los ingresos pendientes de aplicación:

- | | |
|---|----------|
| • IVTM liquidaciones del ejercicio | 50.000 € |
| • IAE (recibos contraídos en el ejercicio anterior) | 20.000 € |

2. Se producen en banco los siguientes ingresos:

- | | |
|--|----------|
| • Liquidaciones contraído previo actas inspección IBI ya reconocidas en el ejercicio | 1.000 € |
| • Autoliquidaciones IVTM | 20.000 € |

3. Se efectúa un análisis para depurar los errores del padrón del IBI aprobado en el ejercicio 2020 y se detectan recibos con titulares erróneos por 5.000 euros. Se

procede a anular dichos recibos y a efectuar las liquidaciones correspondientes a los nuevos titulares. El ayuntamiento verifica que dichos errores de titularidad afectan a los padrones aprobados en los 7 últimos ejercicios por un importe anual de 5.000 euros y que figuran en contabilidad como derechos reconocidos pendientes de cobro presupuestos cerrados.

4. Durante el mes de diciembre se han devengado los siguientes gastos:

• Arrendamiento del edificio	5.000 €
• Energía eléctrica	3.000 €
• Limpieza	1.500 €

A 31 de diciembre se reconocen y pagan todos los gastos, salvo los de limpieza, al no haber llegado la correspondiente factura.

5. El 1 de diciembre se han satisfecho intereses derivados de una deuda, que tienen contraída con el banco Préstame para las obras de la segunda planta del edificio, por importe de 1.500 euros (gasto autorizado y comprometido al inicio del ejercicio). Por su parte, se ha procedido a la amortización de capitales por importe de 12.000 euros previa la correspondiente ampliación presupuestaria para atender amortizaciones anticipadas no previstas en los presupuestos por importe de 2.000 euros.

6. El 1 de enero se contrata el diseño de una página web a una empresa de *software* por importe de 10.000 euros que se aprueba y abona en febrero.

En el contrato se incluye también el servicio de asistencia durante cuatro años y por un coste anual de 500 euros que se devenga y abona en diciembre de 2020. Registre solo las operaciones del año.

7. En el mes de abril, la entidad ha rescindido el contrato de cuatro trabajadores de la plantilla de personal laboral. Los trabajadores han interpuesto demandas laborales por considerar el despido improcedente, al no haber finalizado la actividad para la que fueron contratados. El coste estimado en caso de reincorporación ascendería a 3.000 euros, estando pendiente de la sentencia judicial. El servicio jurídico de la entidad estima que existe un alto grado de probabilidad de que el fallo judicial sea favorable para la entidad.

8. Se adjudica un contrato para las fiestas locales de 1 mes de duración y exige la presentación de una fianza de 5.000 euros al adjudicatario que ingresa en la cuenta operativa del ayuntamiento y que este registra como operación extrapresupuestaria.

Tras la finalización del contrato, se procede al reintegro de la fianza, si bien se incautan 500 € por unos daños ocasionados al patrimonio público.

9. El ente público A avala una operación de crédito de 5.000.000 euros a tres años que va a formalizar una sociedad mercantil de capital 100 % municipal y sectorizada como Administración pública. El aval bancario se formaliza en julio y genera

unos gastos bancarios en el año 2020 de 200 euros que se reconocen y abonan en diciembre de 2020.

- a) Registro y tratamiento contable del aval bancario y de sus gastos en el año 2020.
- b) Transcurrido un año de la firma de la operación, la mercantil incurre en algún impago del préstamo, por lo que el ayuntamiento decide reflejar contablemente el riesgo potencial por el importe total de la operación.
- c) Finalmente, tras transcurrir tres años desde la firma de la operación, la mercantil no puede devolver 1.000.000 € del capital del préstamo por falta de liquidez y la entidad bancaria procede a la incautación del aval por esa cuantía.

Pregunta 2

Un ayuntamiento tiene dos sociedades mercantiles dependientes de las que se conoce la siguiente información:

- a)** La empresa A dispone de 2.000 valores negociables de deuda a corto plazo, pertenecientes a la cartera de activos financieros mantenidos para negociar, con valor nominal de 10 euros adquiridos al 110 %. Con fecha 31 de diciembre, su cotización alcanza el 120 %.

Se solicita:

¿Cuál será el importe por el que deben figurar dichos valores en el balance referido a la fecha de cierre del ejercicio? ¿Qué efecto tendrá en el pasivo de la entidad?

- b)** En el balance a 31 de diciembre de la sociedad B figuran los siguientes datos en sus masas patrimoniales:

• Inmovilizado	30.000 €
• Clientes	20.000 €
• Proveedores	40.000 €
• Préstamos a largo plazo	5.000 €
• Banco	10.000 €
• Capital	10.000 €
• Reservas	5.000 €



Se solicita:

Valore la liquidez de la empresa a corto plazo.

Solución

Pregunta 1

Apartado 1

Código	Cuenta	Debe	Haber
554	Ingresos pendientes de aplicación	70.000	
4300	DDR		50.000
4310	DDR Presupuestos cerrados		20.000

Apartado 2

Código	Cuenta	Debe	Haber
571	Bancos	21.000	
4300	DDR		1.000
4300	DDR		20.000

Por el reconocimiento del derecho de la autoliquidación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4300	DDR	20.000	
725	IVTM		20.000

Apartado 3

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado ejercicios anteriores	40.000	





Código	Cuenta	Debe	Haber
4300	DDR	40.000	
43300	Derechos anulados		5.000
43400	Derechos anulados		35.000
724	IBI		40.000

Apartado 4

Código	Cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos	5.000	
628	Suministros	3.000	
4000	AOR		8.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
4000	AOR	8.000	
571	Bancos		8.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
629	Comunicaciones	1.500	
4130	Acreedores gastos devengados		1.500

Apartado 5

Código	Cuenta	Debe	Haber
6625	Intereses deudas	1.500	
4003	AOR		1.500



Código	Cuenta	Debe	Haber
4003	AOR	1.500	
571	Bancos		1.500

Por el suplemento de crédito, en el presupuesto de gastos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
000	Presupuesto ejercicio	2.000	
0021	Modificaciones suplemento de crédito		2.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
0021	Modificaciones suplemento de crédito	2.000	
0030	Créditos disponibles		2.000

Por el suplemento de crédito, en el presupuesto de ingresos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
007	Modificación de las previsiones	2.000	
000	Presupuesto del ejercicio		2.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
008	Previsiones definitivas	2.000	
007	Modificación de las previsiones		2.000

Por la amortización, incluida la anticipada de capitales, previo el AD:

Código	Cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo	2.000	
520	Deudas a corto plazo	10.000	
4003	AOR		12.000



Código	Cuenta	Debe	Haber
4003	AOR	12.000	
571	Bancos		12.000

Apartado 6

Previo el AD, en el capítulo 6 por ser un inmovilizado intangible:

Código	Cuenta	Debe	Haber
206	Aplicaciones informáticas	10.000	
4003	AOR		10.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
4003	AOR	10.000	
571	Bancos		10.000

Por los gastos de conservación, al capítulo 2, previo el AD:

Código	Cuenta	Debe	Haber
622	Reparaciones y conservación	500	
4000	AOR		500

Código	Cuenta	Debe	Haber
4000	AOR	500	
571	Bancos		500

Apartado 7

Según la NRV n.º 17, «Provisiones, activos y pasivos contingentes», debe reconocerse una provisión cuando se dé la totalidad de las siguientes condiciones:

- a) La entidad tiene una obligación presente (ya sea legal, contractual o implícita) como resultado de un suceso pasado.
- b) Es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos que incorporen rendimientos económicos o potencial de servicio para cancelar tal obligación.
- c) Puede hacerse una estimación fiable del importe de la obligación.

Se reconocerán como provisiones solo aquellas obligaciones surgidas a raíz de sucesos pasados cuya existencia sea independiente de las acciones futuras de la entidad.

Cuando la obligación no reúna los requisitos anteriores y exista un pasivo contingente, se informará en la memoria.

Teniendo en cuenta que todavía no hay una sentencia firme, no hay obligación presupuestaria ni obligación de reflejarlo a través de la cuenta 413, «Acreedores por obligaciones devengadas».

Tampoco se dan los requisitos para contabilizar una provisión, teniendo en cuenta que aún no hay sentencia de primera instancia y los servicios jurídicos consideran altamente probable que el fallo sea favorable a la entidad local.

En consecuencia, solo procede informar en la memoria, como pasivo contingente.

Apartado 8

Código	Cuenta	Debe	Haber
571	Bancos	5.000	
560	Fianzas recibidas a corto plazo		5.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
560	Fianzas recibidas a corto plazo	4.500	
571	Bancos		5.500

Puesto que la fianza ha sido objeto de tratamiento extrapresupuestario, la incautación supone que ese ingreso de 500 € debe ser imputado al presupuesto de la entidad:



Código	Cuenta	Debe	Haber
560	Fianzas recibidas a corto plazo	500	
4300	DDR		500

Código	Cuenta	Debe	Haber
4300	DDR	500	
778	Ingresos excepcionales		500

Apartado 9

Letra a)

El aval bancario no implica asiento contable

Por sus gastos asociados, previo el AD:

Código	Cuenta	Debe	Haber
626	Gastos de formalización de deudas	200	
4003	AOR		200

Código	Cuenta	Debe	Haber
4003	AOR	200	
571	Bancos		200

Letra b)

Por el impago del préstamo, existe un riesgo potencial, por lo que debería dotarse una provisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
651	Subvenciones	5.000.000	
142	Provisión para responsabilidades		5.000.000

Letra c)

Por la ejecución del aval, tiene lugar un gasto presupuestario para el ayuntamiento, con aplicación al capítulo 8 de su presupuesto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
142	Provisión para responsabilidades	5.000.000	
4001	AOR		5.000.000

Pregunta 2

Letra a)

El importe por el que deben figurar los valores en el balance, referido a la fecha de cierre del ejercicio, es: $2.000 \times 10 \times 1,20 = 24.000 \text{ €}$.

En el pasivo figurará el incremento en el patrimonio neto por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor razonable: $2.000 \times 10 \times 0,1 = 2.000 \text{ €}$.

Letra b)

Para valorar la liquidez de la empresa a corto plazo, debe calcularse el capital circulante: Activo circulante/Pasivo circulante; es decir, $30.000/40.000$.

Teniendo en cuenta que este cociente es inferior a la unidad, eso significa que el pasivo circulante está financiando parte del activo fijo de la empresa, lo que implica un riesgo de liquidez elevado en el corto plazo (salvo que se trate de supermercados o, en general, grandes almacenes que se financian con el aplazamiento de sus pagos a los proveedores).

Bloque núm. 4

Tesorería y recaudación

Pregunta 1

El Ayuntamiento de Villa Atocha, que es un municipio de régimen común, presenta el siguiente estado de gastos e ingresos en la liquidación a 31 de diciembre de 2020 (datos en euros):



Derechos reconocidos	
I. Impuestos directos	72.935.481,78
II. Impuestos indirectos	8.060.442,32
III. Tasas y otros ingresos	15.700.810,14
IV. Transferencias corrientes	62.160.293,86
V. Ingresos patrimoniales	762.020,64
VI. Enajenación de inversiones	
VII. Transferencias de capital	121.410,00
VIII. Activos financieros	
IX. Pasivos financieros	
Total DR capítulos	159.740.458,74

Obligaciones reconocidas	
I. Gastos de personal	50.586.219,53
II. Gastos en bienes corrientes y servicios	52.748.505,41
III. Gastos financieros	102.971,83
IV. Transferencias corrientes	40.110.622,02
V. Fondo de contingencia	
VI. Inversiones reales	12.851.081,64
VII. Transferencias de capital	19.104,20
VIII. Activos financieros	
IX. Pasivos financieros	2.043.333,33
Total O capítulos	158.461.837,96

A 31 de diciembre de 2020 se cumplía el principio de estabilidad presupuestaria, existía remanente de tesorería positivo y existían las siguientes operaciones de crédito a largo plazo:

- 1) Una operación de crédito que se concertó en 2014 por un importe de 10.850.000,00 euros para la construcción de una biblioteca municipal por un plazo de 10 años más uno de carencia a tipo de interés variable trimestral con un diferencial de 0,60 %. A 31 de diciembre de 2020 resta un saldo pendiente de amortizar de 4.931.818,18 euros.
- 2) Una operación de crédito que se concertó en 2018 por un importe de 11.500.000 euros para la ejecución de una obra de mejora en el edificio consistorial por un plazo de 12 años más dos de carencia a tipo de interés variable trimestral con un diferencial de 0,85 %. A 31 de diciembre de 2020 resta un saldo pendiente de amortizar de 11.230.000,00 euros.

En el momento actual se presenta para su aprobación un pliego de condiciones para la contratación de una o varias operaciones de préstamo a largo plazo por importe máximo total de 25.300.000,00 euros, que tendrán carácter de financiación afectada a diversas inversiones incluidas en el anexo de inversiones del vigente presupuesto general del ayuntamiento para 2021.

La operación de crédito cumple las condiciones del principio de prudencia financiera.

Con carácter previo se ha emitido informe de intervención que establece que existe capacidad de la entidad local para hacer frente, en el tiempo, a las obligaciones que se deriven de la operación de crédito.

El plazo de los préstamos será de 12 años más dos de periodo de carencia.

El sistema de amortización propuesto es el de cuota de amortización constante, mediante cuotas trimestrales. Y el tipo de interés de referencia propuesto en el pliego de condiciones es el euríbor a plazo de tres meses.

La cuenta 413, «Acreedores por operaciones devengadas», a 31-12-2020 era de importe 988.000 euros, correspondiendo íntegramente a facturas de gastos corrientes, muy inferior al saldo a 01-01-2020, que fue de 2.000.000 euros (todo el saldo se reconoció en 2020).

La cuenta 418, «Acreedores por devolución de ingresos», a 31-12-2020 era de importe 200.000 euros, superior al saldo a 01-01-2020, que era nulo.

En 2020 se han contabilizado en el estado de ingresos aprovechamientos urbanísticos por importe de 35.000 euros.

Se solicita:

1. Explicar si se cumplen los requisitos previstos en el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales para la concertación de operaciones de crédito. Explique los requisitos y razone la respuesta.

2. Explicar el régimen del contrato y el órgano competente para su aprobación.
3. Explicar si se requiere autorización de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda. Calcular el límite de deuda y el ahorro neto (aplicar euríbor a 31-12-2020 de 1 % a los dos préstamos existentes a 31-12-2020 y un tipo de interés del 1 % a la operación proyectada).

Pregunta 2

1. El 25 de mayo de 2017 falleció el Sr. A, siendo la única heredera su hija la Sra. B. Habiéndose solicitado la ampliación del plazo previsto en el TRLRHL del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, con fecha 13 de septiembre de 2018, se presenta por su heredera autoliquidación con ingreso de 1.000,00 euros.

Se solicita:

¿Cuál debería ser el importe de la autoliquidación (principal, recargos, intereses, etc.) del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana?

2. A día 9 de marzo de 2019, la Sra. B, se presenta en la Oficina de Recaudación Ejecutiva con las siguientes deudas:

- Recibo del IBI 2019 en periodo voluntario de pago, con un principal de 712,23 euros.
- Recibo del IVTM 2018 (fecha fin voluntaria 30-06-2018), con un principal de 150,00 euros, notificada de apremio el día 5 de marzo de 2019.
- Recibo del IVTM 2017 (fecha fin voluntaria 30-06-2017), con un principal de 145,00 euros, notificada de apremio el día 23 de mayo de 2018.

Coste de envío carta certificada con acuse de recibo en el año 2018 3,80 €

Coste de envío carta certificada con acuse de recibo en el año 2019 4,00 €

Se solicita:

1. Calcular el importe de la deuda a día 9 de marzo de 2019, distinguiendo principal, recargo, intereses de demora y costas.
2. Queriendo la obligada tributaria pagar solo el recibo del IBI 2019 y del IVTM 2018, ¿puede negarse la Administración tributaria a esta solicitud?

Solución

Pregunta 1

Apartado 1

Se cumplen los requisitos de los artículos 50 y 52 del TRLHL, que son disponer de presupuesto aprobado para el ejercicio en curso (2021; se deduce, puesto que el enunciado habla de financiar con la operación el anexo de inversiones) y el informe de la intervención, que analizará la capacidad de la entidad local para hacer frente, en el tiempo, a las obligaciones que se deriven de la operación, y que deberá ponerse a disposición de las entidades bancarias.

Apartado 2

Se trata de un contrato excluido de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (arts. 4 y 10).

El órgano competente para la concertación será el Pleno si el importe de la operación (25.300.000 €) supera el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto corriente. En otro caso, corresponderá al alcalde.

Apartado 3

Evaluación de las magnitudes para determinar si se necesita autorización del órgano de tutela financiera:

Capital vivo:

El capital vivo debe calcularse de forma consolidada para todas las entidades que forman en grupo SEC Administración pública, pero, en este caso, el ayuntamiento no tiene entes dependientes.

		Capital vivo operaciones a largo plazo
(+)		Capital vivo operaciones a corto plazo
(+)		Avales concedidos
(+)		Operación proyectada
Endeudamiento	=	_____
		Derechos reconocidos netos capítulos 1 a 5

Operaciones pendientes de amortización:

Se considerarán todas las operaciones vigentes a 31 de diciembre del año anterior (a largo plazo y a corto plazo), incluido el riesgo deducido de avales, incrementado, en su caso, en los saldos de operaciones formalizadas no dispuestos y en el importe de la operación proyectada.

Derechos liquidados por operaciones corrientes:

Para la determinación de los derechos liquidados por operaciones corrientes (capítulos 1 a 5 del PI), se deducirá el importe de los ingresos afectados a operaciones de capital (contribuciones especiales, aprovechamiento urbanístico, etc.) y cualesquiera otros ingresos extraordinarios incluidos en estos capítulos que por su afectación legal o carácter no recurrente no tengan la consideración de ingresos ordinarios. El enunciado indica que en 2020 se han contabilizado ingresos de aprovechamientos urbanísticos por 35.000 euros:

$$\frac{\text{Ayto. I/p} \quad \text{Op. proyectada}}{4.931.818,18 + 11.230.000 + 25.300.000} \times 100 = 25,98 \% \\ 159.619.048,7 - 35.000$$

Ahorro neto:

A diferencia del capital vivo, que se calcula de forma consolidada para el grupo SEC, el ahorro neto es individual de cada ente, en este caso, del ayuntamiento:

$$\text{Ahorro neto} = \text{Derechos liquidados} - \text{Obligaciones reconocidas} - \text{ATA}$$

$$\text{Capítulos 1 a 5 PI} \quad \text{Capítulos 1, 2 y 4 PG}$$

Derechos liquidados por operaciones corrientes:

Capítulos 1 a 5 del PI, deduciendo el importe de los ingresos afectados a operaciones de capital (contribuciones especiales, aprovechamiento urbanístico, etc.) y otros ingresos extraordinarios incluidos en estos capítulos que por su afectación legal o carácter no recurrente no tengan la consideración de ingresos ordinarios.

Ya están calculados para el capital vivo, puesto que no hay entes dependientes:

$$159.619.048,7 - 35.000 \text{ (aprovechamiento urbanístico)} = 159.584.048,7 \text{ €}$$

Obligaciones reconocidas por los capítulos 1, 2 y 4:

No se incluirán las obligaciones reconocidas, derivadas de modificaciones de crédito, que hayan sido financiadas con remanente de tesorería.

$$\text{Suma capítulos I, II y IV} = 143.445.346,96 \text{ €}$$

Anualidades teóricas de amortización:

La anualidad teórica de amortización, comprensiva de los intereses y cuota de amortización, se obtendrá de la suma de las anualidades teóricas de cada uno de los préstamos concertados y avalados a largo plazo pendientes de reembolso, estén o no dispuestos, incluida la operación u operaciones proyectadas y excluidas las operaciones de crédito garantizadas con hipoteca sobre bienes inmuebles, en proporción a la parte de préstamo afectado por dicha garantía. El importe de la ATA de cada uno de los préstamos a largo plazo pendientes de reembolso y de la operación proyectada se determinará en todo caso en términos constantes, cualquiera que sea la modalidad de la operación (sistema francés) aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{ATA} = (C \times i) / [1 - (1 + i)^{-n}]$$

Préstamo 1:

$$C_0 = 10.850.000$$

$$n = 11 \text{ años}$$

$$i = 1,60 \%$$

$$a = \frac{10.850.000 \times i}{[1 - (1 + i)^{-n}]} = 1.083.558,36 \text{ €}$$

Préstamo 2:

$$C_0 = 11.500.000$$

$$n = 14 \text{ años}$$

$$i = 1,85 \%$$

$$a = \frac{11.500.000 \times i}{[1 - (1 + i)^{-n}]} = 939.923,48 \text{ €}$$

Operación proyectada

$$Co = 25.300.000$$

$$n = 14 \text{ años}$$

$$i = 1 \%$$

$$a = \frac{25.300.000 \times i}{[1 - (1 + i)^{-n}]} = 1.945.599,64 \text{ €}$$

$$\text{Total ATA Ayto.} = 1.083.558,36 + 939.923,48 + 1.945.599,64 = 3.969.081,48 \text{ €}$$

$$\text{Ahorro neto} = \text{Derechos liquidados} - \text{Obligaciones reconocidas} - \text{ATA}$$

$$\text{Capítulos 1 a 5 PI} \quad \text{Capítulos 1, 2 y 4 PG}$$

$$\text{Ahorro neto} = 159.584.048,7 - 143.445.346,96 - 3.969.081,48 = 12.169.620,26 \text{ €}$$

El ayuntamiento presenta ahorro neto positivo.

Conclusión:

No se requiere autorización del Ministerio de Hacienda porque la operación no se formaliza en el exterior ni en moneda distinta del euro ni se trata de una emisión de deuda (art. 53.5 del TRLHL).

Tampoco se requiere autorización del órgano de tutela financiera porque no se han incumplido los objetivos del artículo 20.2 de la LOEPSF, pues se ha liquidado el presupuesto con capacidad de financiación, el ahorro neto es positivo y el capital vivo es inferior al 75 % de los recursos corrientes liquidados en el ejercicio anterior.

Pregunta 2**Apartado 1**

El plazo de presentación de la autoliquidación finaliza el 25 mayo de 2018 (seis meses iniciales para actos *mortis causa* más otros seis meses de prórroga del art. 110.2 b) del TRLHL); en total, un año desde la fecha de fallecimiento del causante.

Del 25-05-2018 hasta el 13-09-2018 = retraso entre tres y cuatro meses.

Desde la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, y con efectos desde el 11 de julio de 2021 (puede ser aplicada a los recargos exigidos con anterioridad, siempre que resulte más favorable para el obligado tributario y el recargo no haya adquirido firmeza), el recargo será un porcentaje igual al 1 % más otro 1 % adicional por cada mes completo de retraso con el que se presente la declaración, salvo que la presentación se efectúe una vez transcurridos 12 meses, en cuyo caso, el recargo será del 15 % más los intereses de demora por el periodo transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación.

Recargo aplicable por declaración extemporánea del artículo 27 de la LGT = 4 % sin intereses

$$1.000 \times 4 \% = 40 \text{ € de recargo, no se devengan intereses.}$$

Nota: este recargo se vería reducido en un 25 % (art. 27.5 de la LGT) si se ingresa el total de la deuda tributaria y el propio recargo en el plazo señalado en la notificación que liquida el recargo, es decir, dentro de los plazos del artículo 62.2 de la LGT. No procede la imposición de sanciones.

Nota: Con la normativa anterior, el recargo aplicable hubiera sido del 10 %, sin intereses y sin sanciones.

Apartado 2

Número 1

El recibo del IBI 2019 está en periodo voluntario de pago, por lo que no procede aplicar ningún recargo ni intereses.

El recibo del IVTM 2018 se encuentra en periodo ejecutivo y ya notificada la providencia de apremio. Como la notificación tuvo lugar el día 5 de marzo de 2019, el recargo ejecutivo aplicable del artículo 283 de la LGT será del 10 % siempre que la deuda notificada se ingrese en los plazos previstos en el artículo 62.5 de la LGT: hasta el día 20 del propio mes de marzo 2019 o inmediato hábil posterior. No proceden intereses de demora y tampoco costas.

$$\text{Recargo ejecutivo: } 150 \times 10 \% = 15 \text{ €}$$

El recibo del IVTM 2017 se encuentra en periodo ejecutivo y ya notificada la providencia de apremio. Como la notificación tuvo lugar el día 23 de mayo de 2018 y no se ha realizado el ingreso de la deuda notificada en los plazos en los plazos previstos en el artículo 62.5 de

la LGT (hasta el día 5 del mes de junio de 2018), procede el recargo de apremio ordinario del 20 %, siendo compatible con la liquidación de intereses de demora y costas.

$$\text{Recargo ejecutivo: } 145 \times 20 \% = 29 \text{ €}$$

Intereses de demora: desde el 1 de julio de 2017 hasta el 9 de marzo de 2019 (desde el día siguiente a la fecha de finalización del periodo voluntario de pago hasta el día anterior al ingreso, pero, como no se dice que ingrese, calculamos hasta el día en que se pide cuantificar la deuda):

• Año 2017 son 184 días $\rightarrow (145 \times 3,75 \% \times 184/365)$	2,74
• Año 2018 son 365 días $\rightarrow (145 \times 3,75 \% \times 365/365)$	5,44
• Año 2019 son 68 días $\rightarrow (145 \times 3,75 \% \times 68/365)$	1,01
Total intereses demora	9,19 €
• También procede la imposición de costas por	3,80 €
• Deuda tributaria $(145 + 29 + 9,19 + 3,8)$	186,99 €

Número 2

El artículo 63 de la LGT, «Imputación de pagos», establece:

1. Las deudas tributarias son autónomas. El obligado al pago de varias deudas podrá imputar cada pago a la deuda que libremente determine.
2. El cobro de un débito de vencimiento posterior no extingue el derecho de la Administración tributaria a percibir los anteriores en descubierto.
3. En los casos de ejecución forzosa en que se hubieran acumulado varias deudas tributarias del mismo obligado tributario y no pudieran extinguirse totalmente, la Administración tributaria, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, aplicará el pago a la deuda más antigua. Su antigüedad se determinará de acuerdo con la fecha en que cada una fue exigible.
4. Cuando se hubieran acumulado varias deudas tributarias a favor de una Administración y de otras entidades de derecho público dependientes de la misma, tendrán preferencia para su cobro las primeras, teniendo en consideración lo dispuesto en la sección 5.^a de este capítulo.

Por lo tanto, la recaudación municipal no puede negarse a proporcionar los recibos del IBI 2019 y del IVTM 2018.



En el IBI 2019, porque está en periodo voluntario de pago.

En el IVTM 2018, aun siendo deseable que el contribuyente abonara antes el recibo del 2017, el contribuyente tiene derecho a elegir (solo en procedimiento de embargo, la Administración puede aplicar primero a la deuda más antigua).



Grados oficiales

★ Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería Informática

★ Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

★ Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

★ Facultad de Ciencias Jurídicas

Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

★ Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Filosofía, Política y Economía

Títulos propios y doctorados

★ Consultar en la web

Másteres oficiales

★ Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

★ Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Neuropsicología • Psicopedagogía • Psicología General Sanitaria • Tecnología Educativa

★ Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

★ Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Práctica de la Abogacía y la Procura • Prevención de Riesgos Laborales

★ Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

Juntos hacia
tu objetivo



Más de **30.000 opositores**
aprobados gracias al
#MétodoCEF.-

Preparamos el acceso a:

- Administración General
- Administración Local
- Banco de España
- Comunidades Autónomas
- Cuerpos de Informática
- Empleo y Seguridad Social
- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de Justicia
- Ministerio del Interior
- Unión Europea



Presencial | Telepresencial | Online

➤ Consulta www.cef.es y descubre el **#MétodoCEF.-**